

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A REPERSONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA: POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO
POR PAIS HOMOAFETIVOS**

**CURITIBA
2005**

VANESSA RODRIGUES DE LIMA

**A REPERSONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA: POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO
POR PAIS HOMOAFETIVOS**

Monografia submetida à Universidade
Federal do Paraná – UFPR, como
requisito parcial à obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Luiz Edson Fachin

CURITIBA

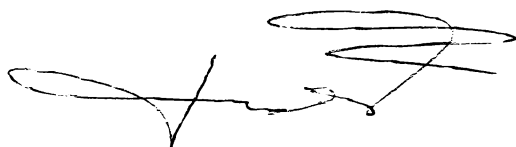
2005

TERMO DE APROVAÇÃO

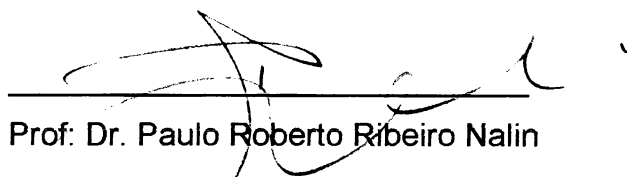
VANESSA RODRIGUES DE LIMA

**“A REPERSONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA: POSSIBILIDADE JURÍDICA
DA ADOÇÃO POR PAIS HOMOAFETIVOS”**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná – UFPR, pela seguinte banca examinadora:



Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin



Prof: Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin



Prof: Dr. Carlos Eduardo Pianovski

Curitiba, 14 de outubro de 2.005.

*Aos meus pais,
por tudo.*

Agradeço imensamente ao Professor Luiz Edson Fachin, pelo belo exemplo de professor que me acompanhou nestes cinco anos de estudos na Universidade Federal do Paraná, e particularmente pela dedicação, atenção e respeito com que orientou o presente trabalho.

RESUMO

No presente trabalho será demonstrada a repersonalização do conceito de família, assim como a evolução das relações familiares, tendo em vista os princípios basilares da Constituição da República de 1988: o princípio da dignidade humana e o da igualdade que respectivamente informam direito à orientação sexual e o respeito à homoafetividade, com enfoque na possibilidade jurídica de adoção por homossexuais em contraposição ao direito do adolescente e da criança à convivência familiar e comunitária.

Serão examinados os requisitos objetivos e subjetivos do adotante, o discurso jurídico da adoção na legislação brasileira e os reflexos desta adoção para a criança e para o adolescente, considerando o melhor interesse da criança.

Nesse sentido, serão mostrados alguns raros julgados favoráveis, bem como a possibilidade da adoção para homoafetivos por meio do uso da analogia, face a ausência de lei que regulamente a priori a relação dos homossexuais.

**A REPERSONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA: POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO
POR PAIS HOMOAFETIVOS**

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....01

PARTE I – A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

CAPÍTULO 1 – Da Família Patriarcal à Família Eudemonista

1.1 Matrizes históricas05

1.2 A família sob o prisma do Direito Civil Codificado08

1.3 A entidade familiar constitucionalizada e seus princípios orientadores12

CAPÍTULO 2 – A Família Homoafetiva

2.1 Orientação sexual: uma questão de dignidade16

2.2 Homoafetividade e o princípio jurídico da igualdade20

2.3 A travessia do não direito ao Direito: da sociedade de fato à entidade familiar
.....23

2.4 Omissão legal: a aplicação da analogia frente ao silêncio da lei26

PARTE II – A FAMÍLIA ADOTIVA HOMOAFETIVA

CAPÍTULO 3 – A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITO

3.1 O direito à convivência familiar34

CAPÍTULO 4 - POSSIBILIDADE LEGAL PARA PAIS HOMOSSEXUAIS

4.1 O direito subjetivo à paternidade38

4.1.2 Os pais homossexuais adotantes40

4.2 O instituto da adoção na lei brasileira44

4.2.1 A entidade familiar e o vínculo afetivo como critérios na adoção49

CONCLUSÃO 55

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS59

INTRODUÇÃO

O presente trabalho intitulado *A Repersonalização da Família: Possibilidade Jurídica de Adoção por Pais Homoafetivos*, objetiva refletir sobre questões que dizem com as relações homoafetivas, mais precisamente sobre a possibilidade jurídica de os homossexuais sozinhos ou em forma de parceiros virem a adotar uma criança ou adolescente. Desde já, cumpre salientar que, pelo estrito cumprimento da lei, no Brasil de hoje não há esta possibilidade, entretanto, há alguns raros julgados, embora permeados por limitações escudadas na moral e na ética, que vem concedendo adoções aos homossexuais solteiros, desde que preencham os requisitos exigidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O presente tema - A adoção por homossexuais, na medida em que é um assunto bastante polêmico por dizer respeito às relações familiares, envolve valores morais e éticos, nada obstante constitui uma problemática social, cujos estudos mostram-se insuficientes para solucionar as demandas que batem às portas dos tribunais.

Sob outro vértice, para a sociedade ocidental, inclusive a brasileira, a história da família é a da rejeição dos diferentes e de sua longa superação, especialmente durante o séc. XX. Apesar de cada tipo de sociedade trabalhar com a sexualidade de forma diferente, pois a tendência do ser humano é fazer a diferença do gênero humano entre o masculino e o feminino, não se pode falar apenas em determinismo biológico, há que se considerar todo o processo de acultramento.

A tendência natural da sociedade é de procurar amoldar a família aos valores e paradigmas dominantes, o que acaba por criar um sistema de exclusão para aquilo que é diferente ou incomum. Em decorrência desta exclusão é que as pessoas que estão fora dos padrões tido como normais e aceitáveis pela sociedade são discriminadas. Baseado neste fato social é que o Direito, como ciência que visa regular os comportamentos sociais, vai buscar soluções para essa nova realidade familiar, assim como tem ele também o escopo de servir como instrumento apto a reconhecer o direito desses que se encontram excluídos do sistema legal.

Além dessa demanda social, qual seja, o desejo dos homossexuais constituírem uma família, abra-se aqui a discussão acerca de outro problema social representado pelas crianças e adolescentes em instituições à mercê da boa vontade

de alguns, e o fato de que nem o Estado, nem a sociedade, quanto menos a família, vem desempenhando o dever que lhes é imputado pela Constituição, que é o de assegurar um bem estar mínimo para o desenvolvimento físico-psíquico e social do ser humano, dentre os quais o direito a uma família.

Por esses motivos, com os olhos voltados para as demais ciências que já pesquisam esta nova realidade, e partindo-se de um dos fins maiores do Estado Democrático de Direito – princípio da dignidade da pessoa humana, é que o presente trabalho sai na defesa do melhor interesse da criança, pois a Constituição da República de 1988 ao expandir aquilo que se entendia por unidade familiar, funcionalizou-a, deslocando seu foco, a partir de então, da instituição “família” para cada um dos seus membros, fazendo valer o direito à igualdade e o respeito à diferença.

O advento da Magna Carta de 1988 veio consagrar a igualdade como direito fundamental. Com isso, os homossexuais pautados no dever de respeito às diferenças, passaram a reivindicar do ordenamento jurídico o tratamento paritário conferido aos heterossexuais. Reivindicação esta que leva em consideração também a faculdade do exercício da paternidade e da maternidade para constituir uma família.

Ao tratar do tema, esta pesquisa também considerou a discussão acerca da crença de haver seqüelas de ordem psicológicas por ausência de referências comportamentais, o que acaba se chocando com a constatação de fortes vínculos afetivos que se estabelecem entre o adotando e a pessoa companheira de seu pai ou mãe, nada obstante já existam alguns precedentes jurisprudenciais que reconhecem as parcerias homossexuais como uma forma de família.

Dessa feita, objetivando que as adoções por homossexuais concedidas saiam da clandestinidade, é que se investigou a solução possível a ser dada pelo sistema jurídico que é omissa na tutela do vínculo afetivo estabelecido entre os (as) adotantes.

Para tanto, foram utilizados como marcos legislativos a Constituição da República de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.060/90. No campo doutrinário, foram utilizadas obras com posturas críticas preconizadas por Rodrigo da Cunha Pereira, pela Desembargadora Maria Berenice Dias que defende a União Homossexual, assim como a dogmática também contemporânea do

Professor Luiz Edson Fachin, e Paulo Luiz Netto Lobo, defensores da funcionalização da família e do afeto como elemento construtor de uma família.

Em síntese, o texto que compõe esta monografia, com muita expectativa, apresenta uma reflexão pautada na concepção plural de família e na afetividade que se estabelece entre os membros que a compõem, pois não deve mais a norma servir de obstáculo à marcha da vida, e sim considerar o objetivo social e a felicidade do ser humano por meio da realização das pessoas que integram a família atendendo aos fundamentos e fins buscados pelo Estado Democrático de Direito.

PARTE I – A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

CAPÍTULO 1 – Da Família Patriarcal à Família Eudemonista

O Direito é um complexo sistema de valores que se desenvolve também na ordem psíquica dos fatos¹, na ordem das idéias de cada indivíduo e de acordo com os novos fatos que surgem na vida. Por esta característica de subjetividade, que por óbvio inerente ao direito de família, é que não se pode ter um conceito unitário e estático de família, pois ela é todo um conjunto de valores sociais, políticos, econômicos, morais, culturais e geográficos que se altera no decorrer da história dos povos.

Sob este ponto de vista, torna-se imperioso pontuar que nos tempos modernos modificaram-se os comportamentos sociais, acentuaram-se as relações de sentimento entre as pessoas. “Os sociólogos, historiadores, antropólogos e juristas têm revelado o processo de passagem da família patriarcal à família nuclear”².

As relações sociais e familiares já não são mais aquelas estabelecidas pelo Código Civil de 1916, pautada na desigualdade entre os membros que a compunham, e que tinha como chefe e administrador dos bens de família a figura masculina. Dada à época em que foi elaborado, o nosso Código Civil de 1916 vislumbrava um modelo rígido, com padrões conservadores de uma família matrimonializada e legítima, que estabelecia modelos de conduta e, conseqüentemente, excluía outras formas de organização familiar que não estivessem disciplinadas.

A família contemporânea não se amolda mais a estes valores. Na verdade “não é a família em si que nossos contemporâneos recusam, mas o modelo excessivamente rígido e normativo que assumiu no século XIX”³. A institucionalidade perdeu espaço para a afetividade, em conseqüência o sexo passa a não ser mais

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos Tribunais*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.42.

² OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 12.

³ PEROT, Michelle. *O nó e o ninho*. In: VEJA – 25 ANOS. São Paulo: Editora Abril, p. 81

vislumbrado somente como meio de reprodução, mas também como busca do prazer⁴. Nesse contexto que valoriza o amor, afeto e solidariedade, também aquelas famílias não fundadas no casamento tornaram-se um espaço para realização de seus membros.

Apesar de já presente no meio social, este pluralismo das relações familiares veio ingressar no nosso ordenamento jurídico com o advento da Magna Carta de 1988, que estabeleceu uma isonomia de direitos e deveres entre homem e mulher, especificadamente no artigo 226 e seguintes onde identifica-se uma expansão naquilo que se considera como unidade ou entidade familiar. Vale dizer, em consideração à liberdade de escolha de cada indivíduo e em promoção ao princípio da dignidade da pessoa humana, além da Constituição, legislações infraconstitucionais passaram a tutelar outras formas de expressão de sexualidade e, em consequência, outras formas de família que não fundadas no casamento, desde que presentes características comuns – afetividade, estabilidade e ostensibilidade, que serão minuciadas mais adiante.

1.1 Matrizes históricas

A maioria das doutrinas traz como fonte primeira da família a Romana, não obstante, em verdade desconhece-se sua origem apesar de restar certa sua existência anteriormente ao Estado e ao próprio Direito. Nesse contexto a homossexualidade, embora não admitida, jamais foi ignorada, sendo, por vezes, representada por mitos, lendas, relatos ou encenações.

Numa época remota, anterior à família romana, em síntese, a organização familiar era selvagem, pois estava baseada na subordinação do homem à natureza, pela busca de meios de existência, e os contatos sexuais eram expressão de fatores biológicos a exemplo das relações entre os animais. Com o aparecimento do fogo e a descoberta dos metais, o homem começa a dominar a natureza, pois, munido de maior segurança, passa a deslocar-se na busca de caça e pesca, antes inacessíveis. Isso garantiu uma posição de supremacia do homem, pois a mulher

⁴ MATOS. Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 92.

estava vinculada ao “ninho” pela dependência da prole, sobretudo pelo instinto e pelo afeto.

A divisão das tarefas entre homens e mulheres é dado importantíssimo que, de certa forma, vai acompanhar irremediavelmente a história da humanidade até o século XX⁵. A partir da utilização da cerâmica, da fundição do ferro, sobretudo da agricultura em larga escala, os grupos passam a fixar-se em determinados lugares, o que dá margem ao estudo da família, pois agora diminui a saída do homem na busca de subsistência, o que conduz a um maior contato com a mulher e sua prole. Surge a noção de família, entretanto, vale reafirmar que a evolução da forma mais primitiva à família monogâmica não se deu de forma pontuada, e sim com fases “nebulosas”, às vezes difíceis de serem absolutamente identificadas.

No entendimento de Eduardo de Oliveira Leite, a forma mais primitiva de família que se conhece é aquela baseada na consangüinidade, o que estaria próxima daquilo que hoje consideramos por família consangüínea. Este protótipo de família era caracterizado pela promiscuidade, isso porque as relações entre os adultos não tinham regras, nem mesmo limite do número de parceiros. Entretanto, afirma o autor, que “esta promiscuidade é sempre determinada por concepções morais próprias, dentro dos seus padrões de valores e de acordo com as circunstâncias próprias a cada tribo”⁶, não tendo à época, o sentido de imoralidade.

A suceder a família consangüínea, veio a Família Punaluana, que por consequência da evolução mental e moral da espécie humana abandonou o casamento entre irmãos. Por este sistema casavam-se “grupos de dois ou mais irmãos, ou de duas ou mais irmãs, dispondo em comum das respectivas esposas e dos respectivos maridos”⁷, não se podendo saber, ao certo, quem é o pai, apenas a mãe, o que revela a supremacia da mulher no grupo. Verifica-se que no casamento por grupos começam a surgir resquícios que se aproximam da família monogâmica, vale dizer, apesar de permanecer a característica da barbárie, o homem passa a viver com uma mulher principal, nada obstante ainda não figurasse a poligamia, pois não havia coabitação exclusiva. Com o decurso do tempo, tem-se a chamada Família Sindiasmática, quando a partir de então passou a ser vedado o matrimônio

⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *A origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, p. 16.

⁶ Ibid, p. 28.

⁷ Ibid, p. 29.

com parentes. A união entre homem e mulher passa sempre a ser cercada de interesses, e, ao mesmo tempo, a mulher passa a figurar como propriedade do homem, sendo punido o adultério feminino.

Por fim, surge a Família Patriarcal, firmada pelo casamento, que passa a ser seu elemento determinante, e que marca sua presença desde os gregos e romanos até meados do séc. XX, por derradeiro, no Código Civil de 1916, que será melhor pontuado no item 1.2.

Para arrematar, indispensável falar da família romana, já que esta é considerada por muitos como fonte primeira da família, embora fosse mais uma associação religiosa que uma associação natural. “O arcabouço da família era tampouco o afeto natural, visto que os direitos grego e romano não tomavam na menor conta este sentimento. Poderia existir no íntimo dos corações, mas para o direito não representava nada”⁸. Neste momento histórico, o que unia os membros da família antiga era algo mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou a força física: e esse poder se encontra na religião do lar e dos antepassados⁹. Se nos transportarmos até o dia-a-dia destas antigas gerações, encontraremos um altar em cada casa, e em redor desse altar a família reunida¹⁰.

Da mesma forma, a autoridade paterna e marital sucumbida nos dias atuais, também foi um dos efeitos da religião, aliás, dela derivou e foi estabelecido. “Sem dúvida, não foi a religião que criou a família, mas foi seguramente esta que fixou suas regras, e como resultado, o ter a família antiga recebido uma constituição muito diferente da que teria se tivesse sido baseada nos sentimentos naturais apenas”¹¹.

Como se percebe, o afeto era deixado de lado, não sendo considerado como elemento essencial à constituição da família. Esta tinha como função primordial a procriação, a descendência, não obstante fosse imprescindível o casamento a fim de legitimar os filhos. Dentro da liberdade sexual existente do período greco-romano, a homossexualidade aparecia como uma preferência de certo modo inferior, pois reservada à procriação, enquanto o homossexualismo era

⁸ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 45

⁹ Id.

¹⁰ Ibid, p. 44.

¹¹ Ibid, p. 46.

visto como uma necessidade natural, inserido no contexto social, “não se tratando de uma degradação moral, um acidente, um vício”¹².

Deste breve relato sobre as matrizes históricas da família, aufere-se que, apesar da evolução das sociedades humanas, da alteração de seus valores em decorrência da mudança de costumes e das descobertas; passaram de grupos animais onde se admitiam relações entre os próprios familiares para a família formada unicamente pelo homem e pela mulher, ocultando por vezes uma multiplicidade de situações que não eram aceitas no ambiente social, como uma forma de família, o fato de uma pessoa estar ligada à outra pura e simplesmente pelo afeto. “Talvez por isso a família seja considerada uma entidade histórica, interligada com os rumos e desvios da história, se confundindo a história da família com a história da própria humanidade”¹³.

1.2 A família sob o prisma do Direito Civil codificado

O Código Civil de 1916 foi um diploma legal que veio retratar a sociedade daquela época, assim como valores e conceitos morais que dominavam naquele momento. A cultura do início do séc. XX reconhecia e legitimava somente a supremacia masculina, “emprestando juridicidade apenas ao relacionamento matrimonializado, como uma verdadeira instituição, geradora de um vínculo indissolúvel”¹⁴. Visualiza-se, nesse momento, o patriarca como proprietário, chefe supremo de uma família matrimonializada e legítima. Este poderio que incluía além da mulher e dos filhos, os sobrinhos, tios, avós e escravos, ou seja, todos que se subordinavam ao *pater familias*, vai produzir uma série de alterações na ordem estabelecida, desfigurando a posição da mulher dentro da família equiparando-a aos filhos e transformando-a em serva do homem.

A espécie de família acolhida no sistema clássico apresenta algumas características primordiais justificadoras de seus contornos jurídicos. É a “família

¹² BLEICHMAR, Silvia. *Pontualizações para uma teoria psicanalítica da homossexualidade*. In: DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: preconceito e a justiça*. 2ª ed. Ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 28.

¹³ HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes. *Família e casamento em evolução. Direito-Civi-Estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 17.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: o preconceito e a justiça*. 2ª ed. Ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 61.

patriarcal, heterossexual, matrimonializada, hierarquizada e transpessoal – somando-se ao modelo da Grande Família”¹⁵. Tratava-se de uma organização cujo objetivo era formar uma verdadeira unidade de produção, identificando-se seus membros como força de trabalho. Quanto maior o número de filhos, melhor se assegurava as condições de sobrevivência de todos, havendo com isso um incentivo à procriação.

O homem era o chefe da família, a figura central na qual se identificava a vontade do grupo familiar.

Daí ser ele o cabeça do casal, o chefe da sociedade conjugal e o administrados dos bens da família. (...) Bem definidos eram os papéis dos partícipes do clã: o homem como provedor, responsável pelo sustento da família; a mulher como mera reprodutora, restrita ao ambiente doméstico, à administração da casa e à criação dos filhos. A finalidade essencial da família era sua continuidade¹⁶.

À esposa, relativamente capaz, restavam apenas as funções do lar, além da criação e educação dos filhos. Eis mais um traço marcante da desigualdade entre homem e mulher. Sob esta ótica patriarcalista, a família codificada era tida como um instituto fechado, estático e perene, sem se importar com a realização pessoal de seus membros, quanto menos considerava-se a perspectiva da afetividade, por vezes não correspondendo à realidade fática daquele arco histórico.

Tem-se, assim, que a noção explicitada pelo legislador de 1916 era de que família e casamento tratavam de uma coisa só, na medida em que aquela não existia no mundo jurídico sem este, tendo por inspiração o Código Napoleônico de 1804. “Mais do que coerente com os valores de seu tempo, acreditava-se estar este modelo de família à disposição de um conjunto de interesses predominantes naquele contexto histórico”¹⁷.

Embora este modelo codificado estivesse condizente com os interesses da burguesia brasileira, que compunha a casta da sociedade da época, não se consideravam as diferenças culturais, os sentimentos, nem as diversas formas de se viver e construir uma família, que já se estabeleciam desde aquela época.

A tutela estatal recaía sobre o vínculo do matrimônio; em uma dimensão abstrata, até então tido como elemento constitutivo da família, pois era essencial à

¹⁵ MATOS, A. C. H. op. cit., p. 18

¹⁶ DIAS, M. B. *União homossexual...*, p. 62.

sua estabilidade que não se confundisse com a vontade das partes¹⁸; e não sobre cada membro, individualmente, desprendendo-se da realidade concreta, excluindo-se aqueles que viviam em situação marginalizada, por opção, como companheiros, ou que por vezes “encontravam-se casados apenas no religioso, ou por acreditarem ser o suficiente para constituição da família, ou pela ausência de acesso às formalidades legais em razão da falta de recursos financeiros”¹⁹.

“O dado afetivo não ingressa no âmbito da abstração: trata-se de circunstância que não diz respeito às funções institucionais do ser transpessoal ao qual se visa proteger. Essa “metafísica” da família torna irrelevante a felicidade concreta de seus membros: esta é, quiçá, presumida pela estabilidade funcional do todo, imposta a *fórceps* por regras discriminatórias da filiação dita legítima e pela indissolubilidade do vínculo matrimonial – em consonância coma unicidade de modelo centrada na família matrimonializada²⁰”.

O sistema clássico veio a sucumbir com a industrialização, pois fez aumentar a necessidade de mão-de-obra. Neste momento, a mulher ingressa no mercado de trabalho, deixando o homem de ser o único provedor de subsistência na família. Ao mesmo tempo, passam a desaparecer as predeterminações em que funcionalmente se dividia a família, ou seja, “a autoridade e as tarefas domésticas tendem, portanto, a ser partilhadas igualmente entre os cônjuges”²¹.

A estrutura verticalizada entra em crise em face da estrutura igualitária que passa a tomar espaço face aos movimentos feministas e emancipatórios que ensejaram mudanças, assim como a necessidade econômica leva a mulher a exercer atividades fora do lar, o que enfraquece o dirigismo da família exercido exclusivamente pelo homem. Segundo Rosana Fachin, “nessa evolução, a função procracional da família e seu papel econômico perdem terreno para dar lugar a uma comunhão de interesses e de vida, em que laços de afeto marcam a estabilidade da família”²².

¹⁷ MATOS, A C.H. op. cit., p. 12

¹⁸ *A família transpessoal* apud PRÓSPERO, Viviane Girardi. *As famílias contemporâneas, Filiação e Afeto: A Possibilidade Jurídica da Adoção por homossexuais*. Curitiba: 2003, UFPR, Dissertação de Mestrado em Direito.

¹⁹ Id.

²⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianoviski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 22.

²¹ OLIVEIRA, J. L. C; MUNIZ, *Curso ...* p.12.

²² FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.4.

Em suma: a estabilidade familiar reputada pelo Código de 1916 é mitigada ao longo do séc. XX pela busca da felicidade dos membros que constituíam a família. “De um modelo de grande família, passou-se à família nuclear; de sua função reprodutiva e produtora, a família começa a ser o berço afetivo em contraposição às hostilidades vivenciadas nas relações externas da sociedade moderna urbanizada”²³.

Diante dos novos ares, pode-se afirmar que a pluralidade de formas de organização familiar na realidade brasileira, não foram representadas por nossa codificação civil; o que não impediu que uniões não chanceladas pelo Estado passassem a surgir formando novas estruturas de convívio; foram abarcadas pelo direito, consagrando um princípio denominado, no entendimento de Andrée MICHEL, de eudemonista. “Por essa concepção, “o indivíduo não pensa que existe para a família e o casamento, mas que a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal “²⁴. E é dentro deste redimensionamento do conceito de família, pensada a partir de então como um espaço para desenvolvimento do amor e afeto mútuos, que se torna possível o reconhecimento das organizações familiares formadas por homossexuais.

Indubitavelmente não há mais como querer ignorar as novas formas de viver e se constituir uma família, seja por opção ou por alguma impossibilidade. Até mesmo o Novo Código Civil Brasileiro que passou a vigorar a partir de 2003, com base nos princípios constitucionais, reconheceu a pluralidade familiar e sua liberdade de organização assegurando tutela tanto à família matrimonializada, à união estável e às famílias monoparentais, tudo em nome da máxima efetividade dos princípios constitucionais da igualdade e dignidade da pessoa humana, que serão, no próximo capítulo, melhor estudados.

²³ MATOS, A C. H. op.cit, p. 98

²⁴ MICHEL, Andrée. *Moèles sociologiques de la famille dans lés sociétés contemporaines*. In: RUZYK, C. E. P.. *Famílias simultâneas: ...*, p. 24.

1.3 A entidade familiar constitucionalizada e seus princípios orientadores

Diante da revolução nas estruturas sociais que clamavam por uma reconceitualização dos paradigmas, não podiam mais os juristas e legisladores deixar de emprestar juridicidade aos relacionamentos fora do casamento para manutenção do *status quo*.

Assim, com o advento da Constituição Federal de 1988 e de toda legislação infraconstitucional que dela seguiu, foi inserido naquele *codex* além da família matrimonializada, a pluralidade de famílias que até então eram tratadas com desigualdade e inferioridade.

Deste momento em diante, a família, considerada a base da sociedade, recebeu especial atenção do Estado, projetando-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, respeitando os valores essenciais dos membros do grupo familiar.

A partir do artigo 226 e seguintes, a Constituição Federal inaugura o capítulo que trata da família, desta vez ampliando o sentido das relações familiares de forma democrática e de respeito às diferenças. Entretanto, isso não quer dizer que ela deixe de ser a célula *mater* da sociedade, na medida em que é, e sempre será o ponto de partida para o desenvolvimento do sujeito e de outras relações sociais que se estabelecem ao longo de sua trajetória.

Embora a estrutura de hoje tenha rompido com o instituto do casamento como única fonte legítima de constituição da família, da leitura do texto constitucional, apreende-se que a sociedade e o Estado continuam protegendo a permanência da entidade familiar, nada obstante, recepcionou-se outras formas de organização familiar, porque calcadas no afeto e na solidariedade.

Com um novo juízo de valoração, abarcou-se a nova realidade social e o conceito de família expandiu-se para, na concretização da igualdade, acolher os desiguais. Nesta expansão de direitos, pode-se afirmar que a Constituição incorporou o princípio da Declaração Universal dos Direitos do Homem²⁵, no sentido

²⁵ “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, 10/12/1948, art. XVI, 3.

de ser a família o núcleo da sociedade e merecedora de proteção do Estado (art. 226 da CF/88).

Importa ressaltar que ao reconhecer a pluralidade familiar, a Constituição adotou um “sistema aberto”, abarcando novas formas de famílias. Embora não o tenha feito de forma a incluir todas as uniões afetivas possíveis, especificamente, fez qualquer referência expressa às uniões formadas por pares homossexuais, o que torna possível o seu reconhecimento, pois, a exigida diversidade de sexos é pressuposto do casamento, e “tal argumento não pode ser subterfúgio para negar, num outro plano, efeitos jurídicos às uniões estáveis de pessoas do mesmo sexo”²⁶.

Nesse contexto, deve-se atentar ao fato de que uma interpretação restritiva pode levar à conclusão de que a pluralidade de formas de família configura *numerus clausus*²⁷, deixando de fora os demais tipos reais.

Embora, por ora, seja esta a interpretação dominante, tem gerado soluções jurídicas inadequadas ou de total desconsideração das relações que não se encontram na enumeração proposta pela Carta Maior, e não é este o sentido a ser dado ao princípio da pluralidade familiar, mas, de reformulação dos fundamentos, pois, a Constituição afastou qualquer interesse ou valor que não seja o da comunhão do amor ou do interesse como fundamento da relação entre os familiares.

Ao inaugurar o texto constitucional, o constituinte anunciou os princípios fundamentais já no seu art. 1º formando, assim, o cerne da constituição, assumindo um compromisso de efetivação de tais princípios. Contudo, os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito não se encerram nos primeiros artigos, uma vez que, ao longo do texto constitucional, encontramos muitos outros, explícitos e implícitos, que por derradeiro acabam por estruturar todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Quando da incorporação da dignidade da pessoa humana aos princípios da nova ordem constitucional, as normas de cunho familiar passaram a outorgar tutela e proteção à entidade familiar, privilegiando a pessoa em detrimento da entidade. É a funcionalização da família, que se justifica na medida em que ela

²⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Aspectos Jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo*. Revista dos Tribunais, v. 732, out 1996, p. 52

²⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. III Congresso de Direito de Família. Anais... Belo Horizonte, 2002

passa a ser um lugar para o desenvolvimento dos interesses existenciais e individuais da pessoa humana.

No caminho da perseguição das transformações sociais, a Constituição estatuiu também como marco do progresso, o inciso I do seu artigo 5º, cotejando um comando genérico à igualdade de gêneros, que é reafirmado detalhadamente nos direitos e deveres do âmbito familiar (CF/88, art. 226, § 5º).

É por meio da aplicação imediata dos princípios orientadores, às relações privadas, no presente caso de Direito de Família que, para a doutrina e jurisprudência mais abalizadas, há a possibilidade jurídica de se expandir ainda mais o conceito de família. Como adverte José Ferreira Muniz,

"não se pode falar em família, assim, no singular, como se existisse um tipo, ou modelo, único, quando é certo que ao lado da família nuclear (família reduzida a casal e aos filhos) que pode ou não ser fundada no casamento, se reconhecem outros tipos da família em que o grupo é mais limitado (pai ou mãe com seus filhos), como ocorre nas famílias monoparentais. As causas de sua formação são as mais diversas.

(...)

O reconhecimento do plural é essencial. Inexiste na Constituição uma construção geométrica; ao contrário, reconhece-se a diversidade, isto é, a preservação da pluralidade dos diferentes tipos de família, que "devem ser tratados de maneira idêntica nos casos idênticos ou, pelo menos, é preciso evitar colocar formas de família semelhantes em situações desiguais"²⁸.

Para tanto, observa - se que a homossexualidade é fato social que se perpetua através dos séculos, e que vem recebendo aceitação social progressivamente. Ainda que não seja considerada pela lei e pelo direito positivado vigente, tais uniões, enlaçadas pelo afeto, inserem-se na possibilidade de se constituírem como uma família, quer sob uma relação conjugal, quer sob a filiação, biológica ou adotiva. Assim, não há como negar efeitos jurídicos às relações homoafetivas; qualquer entendimento em sentido oposto seria contrário à ordem constitucional.

CAPÍTULO 2 – A FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Para principiar o tema, imprescindível a precisa análise histórica sobre o assunto, manifestada em Acórdão pelo Des. José Carlos Teixeira Giorgis:

“É irrefutável que a homossexualidade sempre existiu, podendo ser encontrada nos povos primitivos, selvagens e nas civilizações mais antigas, como a romana, egípcia e assíria, tanto que chegou a relacionar-se com a religião e a carreira militar, sendo a pederastia uma virtude castrense entre os dórios, citas e os normandos. Sua maior feição foi entre os gregos, que lhe atribuíram predicados como a intelectualidade, a estática corporal e ética comportamental, sendo considerada mais nobre que a relação heterossexual, e prática recomendável por sua utilidade.

Com o cristianismo, a homossexualidade passou a ser tida como uma anomalia psicológica, um vício baixo, repugnante, já condenado em passagens bíblicas (... com o homem não te deitarás, como se fosse mulher: é abominação, Levítico, 18:22) e na destruição de Sodoma e Gomorra.

Alguns teólogos modernos associam a concepção bíblica de homossexualidade aos conceitos judaicos que procuravam preservar o grupo étnico e, nesta linha, toda a prática sexual entre os hebreus só se poderia admitir com a finalidade de procriação, condenando-se qualquer ato sexual que desperdiçasse sêmem; já entre as mulheres, por não haver perda seminal, a homossexualidade era reputada como mera lascívia.

Estava, todavia, freqüente na vida dos cananeus, dos gregos, dos gentios, mas repelida, até hoje, entre os povos islâmicos, que tem a homossexualidade como um delito contrário aos costumes religiosos.

A Idade Média registra o florescimento da homossexualidade em mosteiros e acampamentos militares, sabendo-se que a Renascença, artistas como Miguel Ângelo e Francis Bacon cultivavam a homossexualidade²⁹.

Conforme já mencionado, as relações homoafetivas não constituem fato social novo. A Carta Constitucional exerceu grande influência no Direito de Família, causando grandes transformações, sobretudo ao outorgar efetividade aos direitos humanos. Basta passar os olhos nos seus primeiros artigos para verificar que os pilares que passaram a sustentar esta efetividade são os princípios da igualdade e da liberdade, postos no inciso III do art. 1º. Por outro lado, o inciso I do art. 5º declara que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, sendo estabelecido como objetivo fundamental do Estado a promoção do bem de todos, sem qualquer preconceito ou discriminação³⁰. “Neste único dispositivo, o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito”³¹.

²⁸ MUNIZ, apud COLTRO, Antonio Carlos Mathias. *Novos aspectos relativos à união estável*. Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família; aspectos constitucionais, civis e processuais. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 35

²⁹ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70001388982. 7ª Câmara Cível. Rel. José Carlos Teixeira Giorgis. DJ 2001.

³⁰ Constituição Federal de 1988, artigo 3º, IV.

³¹ DIAS, M. B. *União homossexual...*, p. 79.

Na mesma esteira de quebra de paradigmas, ao elencar como Princípio Fundamental a dignidade da pessoa humana, teve a Carta Maior a nobreza de deixar clara sua preocupação com a plena realização das mais diversas necessidades do ser humano, inclusive o direito à orientação sexual, passando este tema a ser o centro das atenções de várias ciências, dentre estas o Direito.

Aliados aos valores maiores da Constituição, acima de tudo ao princípio da dignidade da pessoa humana, é que os homossexuais vêm reivindicando suas relações no “rol dos direitos humanos fundamentais, como expressão de um direito subjetivo”³², e também como garantia do exercício da liberdade individual, cabendo incluí-la entre os direitos personalíssimos .

2.1 Orientação sexual: uma questão de dignidade

A Carta Magna traz o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos pilares da República Federativa do Brasil. Juntamente com a soberania, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo jurídico, fazem parte dos fundamentos, princípios inerentes ao próprio Estado Brasileiro. Nesta esteira de hierarquização das normas constitucionais, como preceitua Celso Ribeiro BASTOS, “os princípios inerentes ao Estado Brasileiro, são considerados os valores primordiais, imediatos, os quais nunca podem ser deixados de lado”³³.

Com isso, a proteção da pessoa humana passou a pressuposto e fundamento da ordem jurídica nacional, devendo o ser humano ser respeitado independentemente de outros atributos, tais como raça, cor, religião, sexo, etc, pelo simples fato de pertencer e integrar a comunidade de seres humanos, “traduzindo o sentido de que o indivíduo é o limite e também o fundamento do domínio político da República”³⁴.

Sobre o referido princípio leciona Alexandre de MORAES:

“A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz

³² Ibid, p. 74

³³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21 ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p.157

³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1998.

consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”³⁵.

A partir da gravitação do Direito em torno da pessoa, não há mais lugar para exclusão de determinados sujeitos da tutela jurídica do Estado ou um tratamento jurídico inferior a eles. A dignidade da pessoa humana,

“alcançada pelo artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, dá conteúdo à proteção da família atribuída ao Estado pelo artigo 226 do mesmo Texto Maior : é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas do direito positivo, em particular, aquelas que disciplinam o Direito de Família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo social”³⁶.

Nesse passo, em recente Apelação Cível, a Desembargadora M^a Berenice Dias, citando ensinamentos do jurista Ingo Wolfgang Sarlet :

“(…) Na feliz formulação de Jorge Miranda, o fato de os seres humanos (todos) serem dotados de razão e consciência representa justamente o denominador comum a todos os homens, expressando em que consiste a sua igualdade. Também o Tribunal Constitucional da Espanha, inspirado igualmente na Declaração Universal, manifestou-se no sentido de que a “dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais.

Nesta mesma linha situa-se a doutrina de Günter Dürig, considerado um dos principais comentadores da Lei Fundamental da Alemanha da segunda metade do século XX. Segundo este renomado autor, a dignidade da pessoa humana consiste no fato de que “cada ser humano por força de seu espírito, que o, distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda”³⁷.

Um Estado Democrático de Direito, que valoriza a dignidade da pessoa humana sob esse ângulo de promoção e efetivação das capacidades e atributos humanos, não pode cancelar distinções baseadas em características individuais. “Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano,

³⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 48

³⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 326

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Citado por: DIAS, M^a Berenice. Apelação Cível 70009550070. TJRS, 7ª Câmara Cível.

em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano”³⁸.

A Constituição Federal, calcada na igualdade e dignidade humana, se encarrega de tutelar os interesses dos homossexuais, pois compreende não somente a garantia negativa de que o ser humano não seja vítima de ofensas e humilhações, mas também a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo³⁹. Portanto, e, para tanto, os direitos fundamentais encontram-se encartados nas Cartas Políticas dos países democráticos, refletindo a progressão das necessidades do homem.

Nessa ordem de idéias, é possível se constatar que a tutela buscada pelos homossexuais refere-se não somente a um tratamento igualitário no sentido de exercerem livremente suas escolhas pessoais, mas também o reconhecimento da homossexualidade como um direito personalíssimo, uma forma de exteriorizar a sexualidade como uma prerrogativa natural do sujeito.

A inserção jurídica dos anseios dos homossexuais possibilitaria a retirada desses sujeitos da esfera marginal da sociedade, pois somente a legalidade é que poderia imprimir uma qualificação aos fatos que batem às portas dos tribunais, dotando-os de uma maior aceitação no meio social no qual hoje vivemos.

Para Luiz Edson FACHIN,

“(...) a lei, como produto da cultura e da história, compõem o primeiro plano desse estatuto de acesso. Essa definição está intrinsecamente ligada aos valores que inspiram as regras definidoras dessa entrada no status de sujeito de direito. Os excluídos desses estatutos compõem aquilo que pode ser designado, como “uma história da periferia”: a dos que estão à margem, não raro, os ausentes na voz e na escrita que se propõem formar pessoas”⁴⁰.

O processo de transformação social pelo qual passou e ainda passa a sociedade marca concomitantemente um novo discurso jurídico, ou seja, os conceitos jurídicos que hoje se encontram em determinado sistema legal, assim o

³⁸ RIOS, Roger Raupp citado por DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade – o que diz a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 13/14.

³⁹ “A noção que valoriza a igualdade com respeito à diferença, ou seja, não tende, pela lei, a eliminá-la – por não ser uma diferença discriminatória, mas, sim, uma diferença essencial que implica para determinado sujeito tratamento diverso dos demais”. (FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Código Civil Comentado – Direito de Família. Casamento*. Vol. XV. São Paulo: Atlas S.A., 2002, p. 26)

são porque em um dado momento histórico a sociedade elegeu valores que entendia como essenciais, uma vez que assim foram consagrados como direitos.

Por isso importa reconhecer novos valores, novos direitos e sujeitos de direitos, em especial o direito à orientação sexual, distinguindo-se este direito do conceito de genitalidade e sexualidade, pois, “essa rigidez não leva em conta dimensões outras, também relevantes, no plano das questões sociais e psicológicas”⁴¹.

A norma constitucional vigente se propõe a viabilizar a plena realização das mais diversas necessidades do ser humano. E é a partir dessa prerrogativa que os homossexuais e os casais formados por pares homossexuais vêm se valendo e obtendo um novo tratamento no contexto jurídico.

Nessa nova paisagem, a jurisprudência brasileira, acompanhando os temas internacionais, viu-se obrigada a permear suas interpretações com outros valores e funções. Assim, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, vêm-se reconhecendo alguns efeitos jurídicos às relações afetivas formadas por casais homossexuais.

Veja-se um trecho do comentário, por Maria Berenice Dias referente à decisão do Tribunal Superior Eleitoral que reconheceu à união homoafetiva a inelegibilidade consagrada no art. 14, § 7º da Constituição Federal:

“(...) Mas agora, a partir do momento que o tribunal que tem o dever de interpretar a Constituição decide que as uniões homoafetivas repercutem na esfera eleitoral, a ponto de gerar a presunção de que pode haver interesses políticos comuns, não há como deixar de reconhecer que essas relações são entidade familiar. Ainda que não tenha sido reconhecido o direito da parte de concorrer na eleição, o ganho social foi grande, pois a relação homossexual foi aceita como entidade familiar que, como as demais, merece a especial proteção do Estado”⁴².

⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.

⁴¹ FACHIN, L. E. *Aspectos Jurídicos...*, p. 96

⁴² DIAS, M. B. In: *Boletim IBDFAM*. Nº 29, Ano 4, Novembro/dezembro de 2004, p. 9.

Os homossexuais e os casais homossexuais têm sua origem no afeto, na mútua solidariedade, indo para além do simples fato de se constituírem pares do mesmo sexo. É fato que estas relações se estabelecem pela existência da afetividade, solidariedade, auxílio mútuo, caracterizando uma entidade familiar.

Por encontrar-se a pessoa e sua auto-realização tutelada como fim maior do Estado, é que a orientação sexual do sujeito encontra respaldo na Carta Maior. Vale dizer, é no fim da ordem estatal que se encontra a possibilidade da tutela jurídica da opção sexual, visto que integra a esfera de autonomia individual de toda e qualquer pessoa.

A opção sexual não pode ser elemento para (des) valorar as qualidades ou potencialidades de uma pessoa⁴³. Essa afirmativa traz implicações, por exemplo, ao se afirmar que os homossexuais, como pessoas, não são potencialmente capazes de exercer o direito a ter filhos, no caso, adotar.

Diante da constatação de entidades familiares formadas por pais homossexuais e seus filhos, tem-se a viabilidade de exercerem o direito a ter filhos, pois, aliada a essa possibilidade, calcada na releitura do sistema jurídico à luz dos princípios constitucionais, encontra-se esta realização por meio não só da adoção, mas também pelas novas técnicas da engenharia genética. Desta maneira, frente a essas novas formas de organização familiar, importa refletir qual o papel do Direito, visto que como ciência lhe é dado o papel de regular os problemas sociais, não podendo ignorar os fatos que se impõem.

2.2 Homoafetividade e o princípio jurídico da igualdade

A igualdade é uma aspiração jurídica, política e social, almejada por toda humanidade, desde os tempos remotos. Contudo, a verdadeira igualdade é aquela que valoriza o respeito à diferença, caso contrário, se se considerar apenas seu conceito formal e absoluto, dela resultará a desigualdade.

“O princípio da igualdade ocupa, pois, lugar de grande relevância na ordem axiológica que informa o sistema jurídico brasileiro, com vista na

⁴³ “O fato de a atenção ser direcionada a alguém do mesmo ou de distinto sexo não pode ser alvo de tratamento discriminatório, pois tem por base o próprio sexo da pessoa que faz a escolha”. DIAS, M. B. *União homossexual...*, p. 76

concretização do Estado Democrático de Direito⁴⁴”, fazendo parte dos direitos fundamentais de todo cidadão, sem distinção de qualquer natureza, assim reza o art. 5º da Constituição da república de 1988.

Contudo, “o princípio da isonomia não se exaure no enunciado básico de que todos são iguais perante a lei. Essa *poderosa retórica*, considerada parte essencial do igualitarismo, tende a desviar a atenção das diferenças. E o *efeito de ignorar-se as variações interpessoais pode ser, na verdade, profundamente não igualitário*”⁴⁵.

Por meio do dispositivo constitucional previsto no art. 5º, e, considerando os valores preponderantes na sociedade atualmente,

“a igualdade tem dupla dimensão, formal e material. Tais dimensões no dizer de Perlingieri, indissociáveis. A igualdade formal esgota-se na igualdade perante a lei. A igualdade substancial implica o respeito à diferença, em uma igualdade de sentido negativo – que, sob esse aspecto, guarda grande proximidade com o sentido formal da igualdade –, não se reduzindo, entretanto, a esse aspecto: a igualdade material implica também a busca de igualdade através da lei”⁴⁶.

Denota-se, portanto, que o sentido maior da igualdade formal configura-se na perspectiva de vedação às autoridades estatais negarem direito vigente a alguns em detrimento de outras pessoas, enquanto a igualdade material tem em vista a busca pelo tratamento igualitário “das condições dos socialmente desiguais”⁴⁷. José Afonso da Silva, ainda, esclarece:

“O princípio não pode ser entendido individualista, que não leve em conta a diferença entre os grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos absolutamente iguais, pois o tratamento igual, esclarece Petzold – não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os “iguais” podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador.

(...)

... vale dizer que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais, de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos”⁴⁸.

⁴⁴ FACHIN, L. E.; RUZYK, C.E.P. op. cit., p. 25

⁴⁵ DIAS, M. B. *União homossexual...*, p. 82

⁴⁶ FACHIN, L. E.; RUZYK, C.E.P. op. cit., p. 26/27.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 125.

⁴⁸ Ibid, p. 219.

Desse contexto universalizante da norma, aufere-se que a Constituição colocou o indivíduo como elemento central da relação jurídica, preocupando-se, sobretudo, com o tratamento igualitário. Neste tratamento o legislador, ao mesmo tempo, preocupou-se em não discriminar os indivíduos pela identidade sexual⁴⁹, contudo, essa igualdade estabelecida de forma absoluta não teve o condão de considerar outros aspectos do indivíduo: sociais, culturais e principalmente psíquicas, o que enseja, deste modo, um tratamento diferenciado.

Importa, no entanto, cuidar para que esse tratamento diferenciado não se revista de discriminação, mas permita o exercício legítimo da diferença. Em outras palavras, o tratamento diferenciado não deve se prestar a manter o sentido negativo da diferença, reduzindo os direitos desta minoria representada por homossexuais, mas ampliá-los, dando-lhes uma tutela jurídica, pois, o desrespeito às características individuais do indivíduo fere, antes de tudo, a dignidade humana.

Assim, sob o prisma da igualdade, torna-se imperioso o reconhecimento da liberdade das pessoas de escolherem os seus parceiros sem distinção de qualquer natureza⁵⁰. Não raro, o princípio da igualdade em relação aos homossexuais será violado quando o critério diferenciador for fundado, sem justificativas racionais, exclusivamente na orientação sexual do indivíduo.

No mesmo sentido entendeu o Desembargador Rui Portanova, a quem peço vênica para transcrever parte do voto:

“Assim, Pedro sofrerá ou não discriminação por orientação sexual precisamente em virtude do sexo da pessoa para quem dirigir seu desejo ou sua conduta sexual. Se orientar-se para Paulo, experimentará a discriminação; todavia, se dirigir-se para Maria, não suportará tal diferenciação. Os diferentes tratamentos, neste contexto, têm sua razão de ser no sexo de Paulo igual ao de Pedro) ou de Maria (oposto ao de Pedro). Este exemplo ilustra com clareza como a discriminação por orientação sexual retrata uma hipótese de discriminação por motivo de sexo”⁵¹.

Por derradeiro, não se pode negar que a homossexualidade é ainda um processo em construção, contudo, a orientação sexual do indivíduo não pode ser

⁴⁹ Constituição Federal de 1988, art. 3º, IV

⁵⁰ (...) A sociedade de fato estabelecida entre homossexuais merece tratamento isonômico ao dispensado às sociedades de fato existentes entre heterossexuais, em consonância com os princípios constitucionais que vedam distinções de qualquer natureza em razão da opção sexual do indivíduo. (TRF – 2ª Região. APELAÇÃO CÍVEL nº 275207. RJ. Órgão Julgador: 3ª Turma. Rel Juiz Chalu Barbosa. DJ: 13/11/2003).

óbice para negar efeito a estas relações formadas pelo esforço comum e o afeto recíproco. A esse respeito há inúmeros julgados⁵² posto que a homossexualidade ou heterossexualidade constitui um direito subjetivo de todo e qualquer cidadão, não sendo aquela relevante fundamento para que não venham a constituir uma entidade familiar e exercer seu direito de maternidade ou paternidade.

2.3 A travessia do não direito ao Direito: da sociedade de fato à entidade familiar

No primeiro capítulo foi claramente demonstrado que a família pode se apresentar de várias formas. Sem pormenorizar por mais uma vez o assunto, certo é que qualquer que seja o tempo e o espaço considerados, o que mantém a estrutura da família, dentre outros elementos determinantes, são os laços de amor e afeto recíprocos.

“O desejo de um compromisso pessoal frente à sociedade, com a pessoa que se ama, a aspiração à duração e à estabilidade, a procura da segurança afetiva e material, o desejo de fundar uma família, vinculando-se nas famílias dos ascendentes de ambos os nubentes, enfim, tudo isto que significa o casamento não representa mais modelo e não é, tampouco, meta das novas gerações”⁵³.

A Constituição Federal ao garantir os direitos e liberdades fundamentais do indivíduo alterou e expandiu o que se considerava por unidade familiar (art. 226, § 4º), passando a protegê-la independentemente da celebração do casamento, bem assim as famílias monoparentais. Vale dizer, a Magna Carta abandonou o casamento como único tipo de família, passando a outorgar tutela às células familiares que diferem da estrutura: pai, mãe e filhos.

Contudo, ainda, a interpretação dominante dos civilistas sobre o art. 226 da Constituição é de uma norma fechada, que toma em conta somente os três tipos expressos de entidades. Esse entendimento tem como modelo de organização

⁵¹ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 70006542377, 8ª Câmara Cível, EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. Rel.: Dês. Rui Portanova. DJ 2003.

⁵² Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 148897/MG. 4ª Turma; TRF – 1ª Região. AG nº 01000006970. Órgão Julgador: 2ª Turma. EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. O DIREITO. PENSÃO POR MORTE AO COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL. Rel. Min Ruy Rosado de Aguiar. Data do Julgamento 10/02/1998 DJ 29/04/2004

familiar institucional a família romana, na qual as pessoas descendem de um tronco ancestral comum, desempenhando funções religiosas, econômicas, política e procriativa, que por óbvio, exige, neste caso, dualidade de sexos.

Nessa linha de pensamento ficam excluídos os demais tipos reais, a incluir, para além dos casais que não podem ou não querem ter filhos, os relacionamentos formados entre homoafetivos, e este não é o entendimento que se extrai da Constituição.

Mesmo que o fim procriativo seja apontado como razão da existência do casamento, a falta de filhos, por opção ou incapacidade de gerar, não enseja sua descaracterização como família. Ou seja, a capacidade procriativa e a prole não são mais requisitos para que o relacionamento entre duas pessoas mereça tutela do Estado. O que se busca nas relações formadas pelo afeto é simplesmente o comprometimento amoroso.

“Para tanto, dá-se como certo o fato de que a concepção sociojurídica de família mudou. E mudou seja do ponto de vista de seus objetivos, não mais exclusivamente de procriação, como outrora, seja do ponto de vista da proteção que lhe é atribuída. Atualmente, como se procurou demonstrar, a tutela jurídica não é mais concedida à instituição em si mesma, como portadora de um interesse superior ou supra-individual, mas à família como um grupo social, como o ambiente no qual seus membros possam, individualmente, melhor se desenvolver (CF, art. 226, § 8º)”⁵⁴.

A Constituição de 1988 não faz qualquer referência a determinado tipo de família como ocorreu com as anteriores. Faz melhor, pois prestigia o sentido que melhor corresponde à realização da dignidade da pessoa humana, por isso, ao interpretá-la como um sistema de valores, auferir-se que o art. 226 não é *numerus clausus*, e que protege todas as formas de família, a incluir as formadas por homoafetivos, bem como aquelas “ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, merecem ser reconhecidas como entidades familiares”⁵⁵.

Embora não exista ainda legislação que regule as relações entre homoafetivos, “ninguém, muito menos os juízes, pode em nome de uma postura

⁵³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais: a situação de pais e mães solteiros e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2ª ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 45.

⁵⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. apud SANTOS, Luiz Felipe. TJRS. Apelação Cível nº 70009550070. 7ª Câmara Cível. Data do julgamento 17/11/2004.

⁵⁵ Dias, M. B. *União homossexual ...*, p. 102.

preconceituosa ou discriminatória, fechar os olhos a essas novas realidades, tornando-se agentes de grandes injustiças”⁵⁶.

O fato do art. 226 e seus parágrafos referirem-se a determinados tipos familiares, não significa que os demais tipos comuns que se apresentam em nossa sociedade fiquem excluídos. Estas demais entidades são tipos implicitamente incluídos no âmbito da abrangência do conceito amplo de família. Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo em “Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*”

“A regra da norma do § 4º do art. 226 integra-se à cláusula geral de inclusão, sendo esse o sentido do termo “também” nela contido. “Também” tem o significado de igualmente, da mesma forma, outrossim, de inclusão de fato sem exclusão de outros. Se dois forem os sentidos possíveis (inclusão e exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto”.

Por mais que a sociedade não aceite esta nova realidade sem algum preconceito, cabe ao juiz como intérprete da lei e transformador da sociedade oferecer solução para as demandas fundadas neste tema, socorrendo-se não somente da lei, mas também dos subsídios⁵⁷ com que guarda semelhança.

A exemplo do reconhecimento do vínculo homoafetivo como entidade familiar pode-se citar a apelação cível nº 70.001.388.982 de Porto Alegre, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Des. José Carlos Teixeira Giorgis, de 14 de março de 2001. E mais,

RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. APRTILHA DE BENS. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. (TJRS, Apelação Cível nº 70005488812, 7ª Câmara Cível, relator: José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 25/06/2003).

Muito embora o Direito não regule sentimentos, reconhece-se que desses vínculos afetivos surgem relacionamentos jurídicos que geram efeitos e fazem jus ao status de uma família, independentemente do *nomem iuris* a ser dado. Nada

⁵⁶ Ibid, p. 104.

obstante, há, ainda, quem não reconheça a travessia pela qual passou o conceito de família, entendendo que as relações homoafetivas configurariam nada mais que uma sociedade de fato, desconsiderando a importância do afeto e a busca pela felicidade que também devem ser tuteladas por uma ordem jurídica que se diz democrática e pluralista.

2.4 Omissão legal: a aplicação da analogia frente o silêncio da lei

Ao outorgar proteção à família, independentemente da celebração do casamento, a Constituição albergou outros vínculos afetivos, ou seja, passou a tutelar a pluralidade familiar, contudo fez qualquer referência as uniões homoafetivas, nem cotejando, nem proibindo. Nesse contexto, o legislador mostrou-se resistente, ou pior, deixou-se levar por um preconceito de cunho ético, deixando de manejar questões que por ora apresentam-se encharcadas de preconceito.

Sem abandonar o “ninho”, a jurisprudência na tentativa de diminuir as injustiças das entidades familiares que ficaram à mercê do legislador, limitava-se a deferir alguns efeitos jurídicos a estas relações, mas sem reconhecer semelhança ou efeito análogo a uma família, no máximo chegou-se ao reconhecimento de uma sociedade de fato, com intuito de evitar um enriquecimento sem causa, por vezes em favor da mulher abandonada por seu companheiro⁵⁸.

A jurisprudência visualizava “exclusivamente um vínculo negocial, como se o fim comum do contrato de sociedade não fosse uma relação afetiva com as características de uma família”⁵⁹.

Houve uma certa dificuldade em aceitar que as relações não fundadas no casamento configurassem uma relação de família, tanto para a sociedade

⁵⁷ Código Civil Brasileiro de 1916. Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, costumes e os princípios gerais do direito.

⁵⁸ Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 188897-1/9 – Santos-Agte: M.A. P.R.- Agdos.: C. C. e outros herdeiros do espólio de A . c. – Rel.: Des. Reis Kuntz – J. em 26/11/92. EMENTA: UNIÃO LIVRE. INVENTÁRIO POR MORTE DO PARCEIRO VARÃO. RESERVA DE BENS REQUERIDO POR CONCUBINA. PENDÊNCIA DA AÇÃO DECLARATÓRIA PARA RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO CONTRA ESPÓLIO. ADMISSIBILIDADE DE RESERVA DE BENS. CPC, ART. 1.001. *Considerando-se a legitimidade da relação concubinária, tornando-se razoável a pretensão de partilha decorrente de sociedade de fato, nada justifica, atualmente, o indeferimento da reserva de bens em favor da concubina, no inventário do parceiro falecido, ao argumento de que inexistente título constituído.*

⁵⁹ DIAS, M. B. *União Homossexual...*, p. 93

apegada a valores morais e religiosos, como para o legislador. Mas esta barreira perdurou até a Constituição Federal de 1988, que passou a denominá-las de união estável, devendo a lei facilitar a conversão destas relações extramatrimoniais em casamento (CF, art. 226, § 3º).

A Constituição de 1988, nada obstante, ao reconhecer as novas formas de família, merecedoras da proteção do Estado, restringindo sua abrangência tão somente às relações formadas entre homem e mulher, o que configurou uma afronta a dignidade humana e aos princípios basilares que estruturam o Estado Democrático de Direito, “estando a impor às relações homoafetivas a mesma trilha percorrida pelos vínculos afetivos fora do casamento antes da constitucionalização da união estável”⁶⁰.

Se proposta uma demanda, mesmo demonstrada a convivência duradoura, pública e contínua - características da união estável – da relação entre pessoas do mesmo sexo, no máximo será reconhecida uma sociedade de fato, deferindo, nem sempre, ao parceiro, metade dos bens do patrimônio adquirido durante a vida em comum⁶¹, aplicando-se nada mais que a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal ⁶².

O argumento jurídico mais consistente, contrário à natureza familiar da união estável entre pessoas do mesmo sexo, provém de uma interpretação excludente – literal e estrita – do art. 226 e parágrafos da Constituição Federal, pois,

⁶⁰ Ibid, p. 92

⁶¹ STJ Recurso Especial nº 148897/MG. Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar. 4ª Turma, J. 10/02/1998. Publicação DJ 06/04/1998. EMENTA: SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DO BEM COMUM. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos previstos no art. 1363 do Código Civil. RESPONSABILIDADE CIVIL. Dano moral. Assistência ao doente com AIDS. Improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro que morreu com AIDS a indenização pelo dano moral de ter suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano que resultou a opção de vida assumida pelo autor e não da omissão do parente faltando nexo de causalidade. Art. 159 do Código Civil. Ação possessória julgada improcedente. Demais questões prejudicadas. Recurso conhecido em parte e provido. “... A hipótese dos autos não se equipara àquela, do ponto de vista do Direito de Família, mas nada justifica que se recuse aqui aplicação ao disposto na norma de direito civil que admite a existência de uma sociedade de fato sempre que presentes os elementos enunciados no art. 1.363 do CC: mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum. A negativa da incidência de regar assim tão ampla e clara, significaria, a meu juízo, fazer prevalecer princípio moral (respeitável) que recrimina o desvio da preferência sexual, desconhecendo a realidade de que essa união – embora criticada – existiu e produziu efeitos de natureza obrigacional e patrimonial que o direito civil comum abrange e regula”.

⁶² Súmula 380 do STF: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

nela estariam expressas apenas três formas de relação familiar: a fundada no casamento; a união estável formada por homem e mulher com *animus* de constituir uma família e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Ao contrário, com efeito, o referido artigo ao ser interpretado impõe a necessidade de relação com outras dimensões, de ordem social, econômica, política, cultural, psíquica, etc, a fim de que se reconheça a mudança dos padrões familiares, ou seja, a funcionalização da família na busca da realização de cada um de seus membros. Nada obstante, essa busca só ocorre por meio de uma

"interpretação atualizada e dialética, a hermenêutica construtiva que pode, desde logo, revelar uma compreensão diferenciada ao tema. Nesse horizonte, a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, sem embargo da posterior (e recente) Lei nº 9.278, de 13 de maio de 1996, pode ser resgatada para sustentar a tese de direito da partilha do esforço comum entre companheiros ou conviventes. Esse instrumento legal, em bora situado no contexto de *lai*, que em princípio se destina à união estável entre homem e mulher, admite, ao final, uma extensão que ultrapassa as situações iniciais para ajustar-se às relações de companheiros entre pessoas do mesmo sexo"⁶³.

Nessa esteira de entendimento, outrossim, a melhor doutrina, no intento de não deixar as relações entre homoafetivos fora do ordenamento, sustenta que para tanto pode ser utilizada hermenêutica interpretativa, que melhor atenda aos interesses do indivíduo, relevando sempre os princípios constitucionais, a priori a dignidade humana.

Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, nem se omiscuir de dar respostas. Se diante de um fato não disciplinado em lei, uma lacuna, o magistrado em caráter complementar ou supletivo, decidirá subsidiando-se nos referenciais elencados no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Por ora, na ausência de norma reguladora, é o uso destes subsídios que vêm solucionando os conflitos decorrentes dos relacionamentos homossexuais, pois, o tema, por requerer uma considerável carga valorativa, não pode se apegar apenas a um juízo técnico de valor do julgador, mas relacionar-se com aquilo que guarda mais similitude, no caso, a união estável.

Para reforçar e clarear o entendimento, peço *vênia* para transcrever parte do voto do Des. Rui Portanova, proferido em Apelação Cível de nº 70006542377 no

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 2003, em que foi reconhecida a união homossexual como união estável. Neste caso, como a seguir será demonstrado, o nobre relator entendeu que se devem aplicar as normas pertinentes à união estável e não às da sociedade de fato. Para tanto, utilizou-se de dois posicionamentos para preenchimento de lacunas da lei: uma centrada na doutrina de Kelsen, outra baseada nas lições do Bobbio. Vejamos:

“A primeira (de Kelsen) sustenta que o brocardo *permitted quod non prohibetur* (o que a lei não proíbe é permitido) afasta qualquer possibilidade de existência de lacuna no ordenamento jurídico. Entende o doutrinador que com essa máxima o sistema jurídico regula todas as condutas seja de forma positiva ou negativa. Esta forma de ver a questão da lacuna não é isenta de crítica. Contudo, aqui já encontramos um bom início para fundamentar a necessidade de se retirar consequências jurídicas (pessoais e patrimoniais) ainda que não haja expressa previsão legal a respeito das relações afetivas homossexuais. Ocorre que, em todo ordenamento jurídico, não se encontra um dispositivo legal proibindo seja a relação afetiva homossexual seja a proibição de que o juiz retire efeito das relações homossexuais. Não estamos diante daqueles casos em que a lei expressa e imperativamente proíbe o tipo de relacionamento e seus efeitos, tais como são os casos de nulidade de pleno direito dos casamentos. Logo, utilizando-se a mesma máxima e o mesmo raciocínio de Kelsen podemos dizer, sem medo de errar que, já que não é proibida, a união homossexual, ela é permitida pelo Direito.

Assim, tomando-se pelo espírito kelsiano, não se pode negar efeitos jurídicos entre pessoas do mesmo sexo. Mesmo sem se cogitar de lacuna no direito, é rigor reconhecer juridicidade às uniões afetivas homossexuais, porquanto a completude do sistema jurídico abarcaria tais relações de fato, mesmo sem expressa previsão legal a respeito.

Uma outra forma de ver a teoria das lacunas centra-se na doutrina de Norberto Bobbio em sua Teoria do Ordenamento Jurídico. A teoria do jurista italiano parte da idéia de incompletude. Assim, “se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma que foi colocado, é preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento tem uma lacuna”. (teoria do Ordenamento Jurídico, p. 115).

Para Bobbio, na mesma obra (p. 139), a incompletude ocorre não no sentido da falta de uma norma a ser aplicada, mas da falta de critérios válidos para decidir qual norma deve ser aplicada. O autor entende por lacuna “a falta não já de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma *solução satisfatória*, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas a falta de uma *norma justa*, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe. Uma vez que essas lacunas deveriam não da consideração do ordenamento jurídico com ele é, mas da comparação entre ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser, foram chamadas de “ideológicas”, para distinguir daquelas que eventualmente se encontrassem no ordenamento jurídico como ele é, e que se podem chamar de “reais”. Podemos também enunciar a diferença deste modo: as lacunas ideológicas são lacunas *iure condendo* (de direito estabelecido), as lacunas reais são de *iure condito* (de direito já estabelecido)”.

Dessa forma, a partir de Bobbio podemos dizer que estamos diante de uma lacuna na lei, porque há omissão quanto aos efeitos jurídicos da união afetiva homossexual. A lei não tem previsão quanto aos efeitos jurídicos decorrentes dessa união.

(...)

Enfim, há lacuna, pois estamos diante de um comportamento (comissão ou omissão) que não tem lei expressa permitindo. Também não há lei proibindo ou criando qualquer sanção para esta forma de união”.

⁶³ FACHIN, L. E. *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 121.

Sem embargo, não há lei que ofereça solução jurídica para uniões homossexuais, nem mesmo para os efeitos patrimoniais dela decorrentes. Da mesma forma, também nenhuma lei proíbe expressamente ou implicitamente que destas relações se retirem conseqüências jurídicas. Há, pois, um vazio legal que deve ser preenchido pelo intérprete no caso concreto.

Ao analisar o caso trazido a juízo, o aplicador do Direito não pode se servir da identidade sexual para negar efeitos outros às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, pois o próprio texto constitucional tem como norte do sistema jurídico o respeito à dignidade humana. E o homossexual é pessoa, e como tal merece a mesma proteção jurídica conferida aos heterossexuais em situações análogas.

Em outras palavras, o juiz, ao solucionar um caso que envolva o tema ora guerreado, esteja tomado pelo entendimento de omissão de lei, ou de incompletude dela, não pode fugir da aplicação da analogia e dos princípios constitucionais⁶⁴ para reconhecer a existência de uma entidade familiar que existe simplesmente por causa do afeto mútuo, à semelhança da união estável.

Ressalva-se que não se está a igualar as entidades familiares homoafetivas com o casamento, pois esse instituto tem como elemento essencial a diversidade de sexos⁶⁵, embora o tema evolua para além desse terreno, abarcando o compartilhamento do afeto, de carinho e principalmente a intenção de constituir uma família.

“Nesse mesmo caminho está exposição de motivos do Projeto da Deputada Marta SUPLICY. Assenta-se, naquele texto, que o “projeto procura disciplinar as uniões estáveis, e não se propõe dar às parcerias homossexuais um ‘status’ igual ao do casamento”, sendo que se lê ainda na justificativa: “Os termos *matrimônio* e *casamento* são reservados para o casamento heterossexual, com suas implicações ideológicas e religiosas”⁶⁶.

⁶⁴ “É preciso, pois, superar os velhos limites das doutrinas do direito constitucional tendentes a restringir a atuação das chamadas normas programáticas, não auto-aplicáveis. Toda regra constitucional é norma jurídica com efeitos imediatos sobre o ordenamento infraconstitucional. A Constituição é toda ela norma jurídica, seja qual for a classificação que se pretende adotar, hierarquicamente superior a todas as demais leis da República e, portanto, deve condicionar, permear, vincular diretamente todas as relações jurídicas, públicas e privadas”. (TEPEDINO, G. *Temas ...*, p. 205)

⁶⁵ OLIVEIRA, J.L.C.; MUNIZ J. F. M. *Curso...*, p. 213.

⁶⁶ FACHIN, L. E. *A nova...*, p. 123.

“Comprovada a existência de um relacionamento em que haja vida em comum, coabitação e laços afetivos, se está à frente de uma entidade familiar, forma de convívio que goza de proteção constitucional. Nada justifica que se negue reconhecimento a sua existência. O só fato de os conviventes serem do mesmo sexo não permite que lhes sejam negados os direitos assegurados aos heterossexuais⁶⁷”.

Para arrematar, é sobremaneira sabido que a Constituição Federal de 1988 assumiu novos paradigmas de família, e essa perspectiva envolve, para além do direito a constituir uma família (homossexual ou heterossexual) o direito à paternidade e à descendência, seja biológica, seja afetiva. Ao mesmo tempo, possibilita à criança ou adolescente a concretização do direito constitucional à convivência familiar, nos moldes estabelecidos pelo art. 227 da Magna Carta.

Nestes termos não parece sustentável que se negue o direito à formação de uma família tanto a uma criança quanto a um indivíduo ou casal somente por conta da orientação sexual dos adotantes, posto que a sociedade e o Estado assumiram mediamente a responsabilidade de realização dos interesses de cada um dos membros que a integra, e à família foi imputado o dever de assegurá-los⁶⁸. Nessa linha de entendimento se sustentou enunciado obtido no “Encontro dos Juízes da Infância e Juventude”, realizado em Angra dos Reis, em abril de 2002⁶⁹.

⁶⁷ DIAS, M. B. *União homossexual ...*, p. 99.

⁶⁸ Constituição Federal de 1988, art. 226, § 8º “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”;

Art. 230 “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

⁶⁹ “Na adoção monoparental inexistirá restrição por motivo da opção sexual do interessado, devendo avaliar-se criteriosamente a sua capacidade pela Equipe Técnica” (Atos e Despachos do Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro de 07/05/2002. Boletim nº 83, Aviso nº 2, enunciado de nº 7).

PARTE II – A FAMÍLIA ADOTIVA HOMOAFETIVA

CAPÍTULO 3 – A Criança e o Adolescente como sujeitos de direitos

A família contemporânea assumiu novos contornos, tendo a partir de então assumido a função de lugar de desenvolvimento de cada um de seus membros, de acordo com suas necessidades; simplesmente em razão de sua existência como ser humano.

Ao contrário do modelo anterior, a grande família alicerçada pela autoridade paterna e hierarquizada, cede lugar à família nuclear onde impera a igualdade entre os membros que a compõem e há manifesta preocupação com a realização pessoal de afetividade de cada um.

Nesse novo contexto familiar, surge um personagem: a criança, o adolescente, ambos ainda em desenvolvimento; que até então não tinham voz. Em regra, figuravam como meros objetos da intervenção do mundo adulto, sendo exemplificativo a utilização da expressão 'pátrio poder', indicativa de uma gênese onde o Direito tinha como preocupação disciplinar exclusivamente as prerrogativas dos pais em relação aos filhos, e que passou a ser intitulado de 'poder familiar', relativizando-se na perspectiva do melhor interesse da criança.

É com base nesse novo horizonte de aprofundamento das relações familiares em nome da felicidade de cada um e na afetividade mútua, que o lugar da criança na família com o papel de mão-de-obra é substituído por um papel predeterminado como sujeito de direito.

Em verdade, é somente com a Constituição de 1988 que se reconhecem a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, capazes para o exercício pessoal de direitos relacionados ao desenvolvimento saudável e de garantias à sua integração na sociedade. É a criança e o adolescente ocupando uma posição especial.

Tamanha a importância do reconhecimento da criança e do adolescente como pessoas dotadas de dignidade e autonomia, que a Constituição da República destinou um capítulo a elas: "DA FAMÍLIA, DA CRIANÇA, DO ADOLESCENTE E

DO IDOSO”. O marco desta nova concepção encontra-se na edição do art. 227⁷⁰ do mesmo *codex*, que estabelece um novo padrão: crianças e adolescentes reconhecidos como titulares de interesses juridicamente protegidos, podendo subordinar a família, a sociedade e o Estado.

“A Constituição, assim, tutela o menor, enquanto criatura humana, enquanto sujeitos de direitos, preserva-lhe tratamento de respeito e lhe cultua a dignidade, impõe-lhe proteção, zela pela preservação de sua família, dita preceitos que o Estatuto da Criança e do Adolescente explicita, que o Código Penal protege, penalizando os que ousam violá-los”⁷¹.

Mister consignar que perfilhando a nova ordem constitucional, os direitos e garantias da criança e do adolescente foram também normatizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a substituir a doutrina do ‘menor em situação irregular’ trazida pelo Código de Menores⁷² de 1979 para garantir-lhes a ‘doutrina da proteção integral’⁷³.

Assim, com a proteção integral a criança passou a ser alvo de tutela prioritária por parte do ordenamento, rompendo-se “com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento”⁷⁴, independentemente de estar inserida ou não em um núcleo familiar. Assim reza o art. 15 do referido Estatuto legal: “A criança e o adolescente têm direito à liberdade,

⁷⁰ CF/88, art. 227. “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

⁷¹ DIAS, José Carlos. Ministro da Justiça. In: CURY, Munir (coord.) *Estatuto da criança e do adolescente comentado. Comentários jurídicos e sociais*. 3º ed. rev. Atual São Paulo: Malheiros, 2000, p. 61.

⁷² “Um conjunto de regras supostamente tutelares, destinadas ao tratamento das patologias sócias representadas pelas crianças infratoras, em desvio de conduta, abandonadas, carentes ou simplesmente excluídas dos benefícios sociais”. (PAULA, Paulo Afonso Garrido. *Direito da Criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 22

⁷³ “A doutrina da proteção integral inspira-se na normativa internacional, materializada em tratados e convenções, especialmente os seguintes documentos: a) Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança; b) Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing); c) Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade; e Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil”. (Diretrizes de Riad). (CURY, M. Op. cit., p. 21).

⁷⁴ Id.

ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”.

Concomitante à proteção integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente também assegurou especificadamente um conjunto de direitos e garantias fundamentais destinados a garantir o caminho que leve ao desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (art. 3º ECA). Reporto-me aqui ao direito à vida, à saúde, à educação, à profissionalização, à cultura, ao lazer, ao respeito e à liberdade, à convivência familiar e comunitária, bem como a imposição legal de colocá-los a salvo de qualquer forma de discriminação, exploração, violência e crueldade.

Todo esse complexo jurídico leva em consideração o critério etário, porquanto indicativos das necessidades ou das dificuldades que peculiarizam esse sujeito em face de uma relação específica, a preconizar aquelas institucionalizadas, o que contraria o direito fundamental, também reconhecido, da convivência familiar e comunitária previsto no 19º artigo do Estatuto infanto-juvenil. Somente na família, de origem ou substituta, é que o ser humano se sente protegido e é onde é lançado para a sociedade e para o universo.

3.1 O direito à convivência familiar

A Constituição Federal de 1988 assumiu novos paradigmas no que concerne à família, identificando, inclusive, a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental da criança e do adolescente. Sem sombra de dúvida, a família é condição indispensável para que a vida se desenvolva, para que a alimentação seja assimilada e a saúde se manifeste.

A família é o lugar normal e natural de se efetuar a educação, de se aprender o uso adequado da liberdade, e onde há a iniciação gradativa no mundo do trabalho. É onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e de onde é lançado para a sociedade e para o universo.

Nessa ordem de idéias que o artigo 19 do ECA assegurou como direito da criança e do adolescente o direito à convivência familiar e comunitária na sua família de origem ou substituta.

Muito antes, porém, o espírito do art. 19, ao assegurar à criança o direito de ser educada na família, quer, acima de tudo, supor que os membros adulto da mesma, dentro de uma política econômica e social (que leve em conta os direitos humanos) tenham garantidas as condições essenciais de salário para uma sobrevivência digno do núcleo familiar. Assim sendo, as crianças e adolescentes poderão dedicar-se ao estudo, à iniciação profissional e ao lazer sem necessitarem precocemente ser introduzidos na dura luta pela automanutenção, numa insustentável e absurda condição de precisar gerar renda antes mesmo de desabrochar para a vida⁷⁵.

A tutela da convivência familiar e comunitária, mais do que um direito constitucional da criança e do adolescente, reveste-se de uma comando legal de dever tanto para a família, como para a sociedade e para o Estado, pois assim dispõe o artigo 4º do ECA: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar com absoluta prioridade a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde (...) e à convivência familiar e comunitária”.

Antes mesmo desses direitos operacionais assegurarem o direito à vida, à saúde, ao lazer ..., a família deve recobrir a criança e o adolescente sob o manto da ternura e da dedicação, essenciais desenvolvimento físico e psíquico. É o direito ao afeto e ao amor.

No senso comum, amor e afeto são vice-versa. Ou mais ainda: o amor é a origem e a plenitude, a substância e a culminância do afeto. Não há – não se desenvolve – um sem o outro. Entre os humanos, o mais puro porque ele faz do indivíduo humano um ser humano. Identifica-nos e, assim, gera em todos nós a solidariedade entre todos nós, que é a única força capaz de construir – dignamente – a humanidade em todo o agrupamento humano, a partir de sua grei inicial: a família⁷⁶.

Diante dessa “macrovisão que situa a família no universo social como um verdadeiro direito difuso que não pode ser negado a nenhum sujeito humano a respeito de nenhum objeto humano, indistintamente, sem nenhuma discriminação anti-humana ou exclusão desumana, mas em plenitude humana⁷⁷.

Sob outro vértice é necessário constatar que o zelo e respeito aos interesses da criança e do adolescente garantidos constitucionalmente e no Estatuto infanto-juvenil, contrapõem-se aos daquelas que não possuem uma boa e saudável

⁷⁵ CINTRA, M^a do Rosário Leite. Pastoral do Menor de São Paulo. In: CURY, M.(coord.). Op. cit., p. 61.

⁷⁶ BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais* In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 615.

⁷⁷ Ibid, p. 614.

convivência familiar, e outras que sequer possuem algum relacionamento familiar vivendo abandonadas em instituições a espera de alguma família. “Os dois extremos, portanto – precisar garantir muito cedo a sobrevivência nas ruas, ou receber tudo pronto na instituição fechada – são situações prejudiciais ao desenvolvimento adequado do ser humano”⁷⁸.

Não é necessário aprofundar na temática social para se perceber os malefícios que tanto o lado patológico de uma convivência familiar quanto a solidão do abandono em instituições trazem para uma criança ou adolescente dada a peculiar situação de pessoas em desenvolvimento que são. “O abrigo não pode ser depósito de crianças e adolescentes. Mesmo uma boa relação de “maternagem”reflete, apenas, uma referência institucional, sem vínculos afetivos seguros”⁷⁹.

Sem dúvida, é no dia-a-dia do núcleo familiar: tios, avós, amigos de escola, vizinhos que a criança e o adolescente vão se abrindo para o mundo e assimilando valores, hábitos e formando seu caráter e sua personalidade. “Não se pode permitir que o preconceito e as decisões nele fundadas legitimem o abandono e o desamparo. Antes de tudo, as normas e textos legais, ao abominarem a discriminação, ilegitimam decisões cujo norte finque-se em tais fundamentos, com conseqüente prejuízo da integridade do sujeito”⁸⁰.

Ao referir-se aos danos ocasionados pelo abandono dessas crianças nas instituições, não se está a tratar apenas da falta de condições materiais, mas principalmente da falta de um ambiente de afeto, de aconchego e carinho; indispensáveis a dignidade de todo ser humano, que por derradeiro deixam marcas de uma vivência sem referenciais familiares, o que vem a demonstrar a possibilidade destes pequenos sujeitos serem adotados, a fim de que desfrutem do seu incondicionado direito de viver em família.

⁷⁸ CINTRA, M. R. L. In: CURY, M. (coord.). Op. cit., p. 86.

⁷⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Da adoção*. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Direito de família e o novo código civil*. 2ª ed. 2ª tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 146.

⁸⁰ FREITAS, Lúcia Maria de Paula. *Reflexões sobre adoção no direito brasileiro*. apud PEREIRA, R.C. *A sexualidade...* p., 192.

CAPÍTULO 4 - POSSIBILIDADE LEGAL PARA PAIS HOMOSSEXUAIS

A família com os novos contornos que recebeu, deixou de ter valor unicamente como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada pelo seu papel instrumental, na medida em que constitui núcleo de desenvolvimento da personalidade e da dignidade de seus integrantes. Em verdade, tornou-se um espaço de troca de afeto, assistência moral e material, companheirismo e convivência entre pessoas, quer sejam do mesmo sexo, quer sejam de sexos diferentes.

Parte-se, portanto, da verificação da realidade social, da existência de lares formados por homossexuais e seus filhos independentemente do que assegura o ordenamento jurídico, pois não só a família, mas também a filiação foi alvo de grande transformação, identificando-se, inclusive, a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental da criança e do adolescente, no que se destaca a Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, que foi um salto na qualidade no que se refere à adoção e que não veda explicitamente, nem implicitamente, a adoção por homossexuais.

A adoção por homossexuais é um fato social polêmico, problemático pela ausência de regulamentação, mas debatido e defendido por vários operadores do Direito, e que ganha conteúdo na medida em que esses homossexuais assumidos tornam -se pais por meio da adoção ou por métodos biológicos.

Não se trata simplesmente de defender a possibilidade de adoção por pais homossexuais, mas demonstrar que esse é um direito garantido constitucionalmente, que faz parte do princípio da liberdade de escolha de cada indivíduo constituir a entidade familiar que melhor corresponde à sua realização pessoal. É o respeito e concretização da dignidade da pessoa humana.

Nada obstante, a paternidade/maternidade por homossexuais tem sido abominada exclusivamente pela orientação sexual, sendo desconsiderados os demais atributos materiais e principalmente afetivos que esses pais podem oferecer a uma criança abandonada, o que demonstra um total preconceito e violação ao direito à paternidade e à descendência garantidos a maioria das pessoas.

4.1 O direito subjetivo à paternidade

Nas palavras de M^a Berenice DIAS a adoção por parceiros do mesmo sexo é a questão mais tormentosa que se coloca sobre o tema da homossexualidade, mesmo para aqueles que aceitam as relações homossexuais como uma relação de afeto.

A partir do momento em que a Constituição Federal de 1988 passou a tutelar com *status* de família as comunidades familiares formadas não só pelo casamento, mas também por um dos pais e filhos, não se pode olvidar que o legislador, ainda que não de modo expresso, albergou outras entidades familiares, dentre as quais a entidade familiar formada por homoafetivos.

No entanto, ao estender tutela às demais entidades familiares, o legislador não teve como finalidade primeira prescrever o direito individual e subjetivo de as pessoas realizarem-se como pais, mas sim assegurar tutela e *status* constitucional àquelas famílias conformadas sob a extramatrimonialidade, silenciando no que diz respeito aos filhos nascidos dessas relações.

Por outro lado, ao reconhecer as famílias monoparentais, ocorreu uma dissociação do estatuto jurídico do casamento e da união estável do estatuto da filiação, pois, classicamente, tinham como objetivo a procriação que exige uma relação heterossexual.

De encontro com os avanços da Constituição, o até então “obstáculo” da necessidade de diversidade de sexos foi superado pelas avassaladoras conquistas da engenharia genética e da bioética, que permitem uma desvinculação da obrigatoriedade de um relacionamento heterossexual para a concretização da paternidade/maternidade dos casais do mesmo sexo.

Em outras palavras, em face dos obstáculos impostos de todas as ordens para os homoafetivos que desejam constituir uma família por meio de uma prole, as possibilidades de fecundação humana hoje descobertas tornaram-se plausíveis para a realização da paternidade por pais biológicos homossexuais.

“É usual lésbicas extraírem o óvulo de uma, que é fecundado *in vitro* por espermatozóide de um doador, sendo o embrião implantado no útero da outra, que leva a termo a gestação. (...)”

Os casais masculinos, por seu turno, socorrem-se das chamadas “barrigas de aluguel”, por meio da inseminação artificial, inclusive utilizando simultaneamente sêmen de ambos, para que a criança seja tida como filho dos dois”⁸¹.

Mas logicamente este não é o único caminho que pode ser seguido para os homossexuais poderem exercer o direito de ter filhos e constituir uma família. Se assim fosse não teria sentido a realização do presente estudo, e principalmente pela possibilidade daquele que tivesse participado biologicamente da paternidade se sentir egoisticamente realizado como pai ou mãe, e a criança gerada estaria em segundo plano, tornando-se apenas um objeto de desejo materno/paterno.

Independentemente da ausência de menção a respeito do exercício do direito à paternidade, já ficou demonstrado que o legislador tutelou para além das famílias formadas pela consangüinidade. Em consonância com a pluralidade familiar assegurada constitucionalmente, prescreve, ainda, nossa Carta Constitucional que o planejamento familiar dever-se-á fundar na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, sendo proibido ao Estado interferir ou controlar o exercício desse direito⁸².

Assim, sob uma leitura sistematizada dos parágrafos 4º e 7º com o *caput* do artigo 226 da Constituição da República de 1988, entende-se possível a proteção do direito subjetivo à paternidade, posto que atrelado ao conceito particular de realização como pessoa e felicidade de cada um, que deriva do princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Uma vez que a felicidade de uma pessoa está no desejo de tornar-se pai ou mãe mediante a adoção de uma criança, não pode o Estado utilizar-se de quaisquer meios para impedir a realização do projeto familiar de uma pessoa simplesmente por sua opção sexual, pois o Estado Democrático de Direito assegura aos indivíduos muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas nas suas esferas pessoais, a promoção de suas liberdades de escolhas. Negar esse direito a uma pessoa pela sua opção sexual seria uma afronta a dignidade da pessoa humana,

⁸¹ DIAS, M. B. *União homossexual...*, p. 114

⁸² Lei nº 9.623/96 regulamentou o art. 226, § 7º, CF/88 ao tratar do Planejamento Familiar.

uma vez que a filiação é inata a qualquer ser humano e tutelado pelo direito por meio de direitos subjetivos⁸³ essenciais a realização da sua personalidade.

Dessa forma, entende-se que o direito à paternidade é direito subjetivo que se situa no âmbito dos direitos da personalidade da pessoa e que se estende para a seara do direito de família na medida em que o amor que se estabelece entre pais e filhos, enriquece a vida do adulto e é essencial ao desenvolvimento da criança, pois trata-se de qualidade inerente ao próprio sujeito, independentemente de norma jurídica que o regulamente⁸⁴.

4.1.2 Os pais homossexuais adotantes

Nessa perspectiva de considerar o direito à paternidade como direito subjetivo e por ser a filiação um prolongamento dos direitos da personalidade da pessoa é que se defende o direito subjetivo dos homossexuais realizarem-se como pais, tendo a possibilidade de adotar crianças ou adolescentes, desde que respeitados os requisitos instituídos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90.

Também nesta esteira de entendimento Rodrigo da Cunha PEREIRA ao citar *João Baptista Villela* : “Há que dissociar a necessidade do vínculo biológico e da opção sexual dita “normal” para o exercício da função paterna e/ou materna. “A verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura. Está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen”.

Ao entender que o exercício da paternidade são deveres do pai para com o filho⁸⁵, conclui-se que quando assistidos o melhor interesse do adotado, reflexamente o interesse dos pais também são atendidos; é o encontro de duas

⁸³ Também para Orlando Gomes, o direito subjetivo não é “só poder de vontade, como não é apenas interesse, senão poder atribuído à vontade do sujeito para a satisfação de seus próprios interesses protegidos legalmente”. (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 112).

⁸⁴ “... o direito subjetivo é *facultas agendi*. Porém as faculdades humanas não são direitos, e sim qualidades próprias do ser humano que independem de norma jurídica para sua existência”. (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 10ª ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 246)

⁸⁵ “Um dos requisitos essenciais da adoção é que ela deve se fundar em motivos legítimos e representar reais vantagens para o adotado. O adotante deverá ter, como objetivo, propiciar sustento e educação ao adotado. (CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre: à luz das leis 8971/94 e 9278/96*. 1ª ed.; 2ir. Curitiba: Juruá, 1996, p. 178).

realizações pessoais, dois direitos: o direito a ter filhos e da criança à convivência familiar, o que “pode exigir mais do laços de sangue⁸⁶” e valores que informam nossos códigos. “A verdadeira paternidade não pode se circunscrever na busca de uma precisa informação biológica; mais do que isso, exige uma concreta relação paterno-filial, pai e filho que se tratam como tal, donde emerge a verdade socioafetiva⁸⁷”.

Apesar da adoção constituir uma ficção jurídica⁸⁸, vê-se, assim, que procura constituir uma entidade familiar e que os vínculos de filiação e a definição de paternidade estão condicionados à identificação da posse de estado de filho⁸⁹, e não meramente na realidade biológica.

Sob o enfoque da realidade brasileira, sabe-se que diante dos óbices legais e do preconceito sexual, os homossexuais têm, individualmente, adotado crianças e/ou adolescentes, mas sem revelar sua opção sexual por receio de que lhes seja denegado a guarda ou adoção, ou melhor o direito a exercer o direito à paternidade.

Verifica-se, pois, que famílias constituídas por casais homossexuais vivem à marginalidade, pois há grande dificuldade em deferir adoções em que se tem como relevante a orientação sexual do adotante, meramente sob o argumento de possíveis danos ao sadio desenvolvimento do adotado por ausência de referenciais de ambos os gêneros, e também pela possibilidade desta criança ser alvo de repúdio e discriminação nos ambientes em que vier a freqüentar⁹⁰.

“Essas preocupações são afastadas com segurança por quem se debruça no estudo das famílias com essa conformação⁹¹”. Estudos realizados na Califórnia desde a década de 70 sobre os filhos de famílias não-convencionais demonstraram que os filhos de pais do mesmo sexo têm o mesmo nível de ajustamento encontrado

⁸⁶ FACHIN, L. E. *Da paternidade; relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 36.

⁸⁷ Ibid, p. 65.

⁸⁸ Na definição de Caio Mário da Silva PEREIRA, a adoção “ é o ato jurídico pelo qual uma pessoas recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civi*. 6ª ed. Re. Atua. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v.1)

⁸⁹ “Na posse de estado, o que sobressai é a presença de uma relação paterno-filial: o que aparece é”. (FACHIN, L. E. *Da paternidade...*, p. 61)

⁹⁰ Se assim fosse, filhos de pais divorciados também teriam problemas com seu desenvolvimento psíquico pela ausência de um dos pais, da mesma forma este jargão não foi impeditivo para a promulgação da Lei do Divórcio.

⁹¹ DIAS, M. B. *União homossexual...*, p. 115

em crianças que convivem com pais heterossexuais, sem constatar quaisquer efeitos danosos ao desenvolvimento moral ou à estabilidade emocional por encontrarem-se convivendo com pais do mesmo sexo. E mais, não foi encontrada qualquer tendência relevante no sentido das crianças filhos de pais homossexuais virem a se tornar homossexuais.

Novamente, aqui, cabe a consideração quanto à capacidade de afeto e de assistência por parte do homossexual adotante, posto que no momento em que passam a configurar uma entidade familiar, não pode a opção sexual ser óbice para que lhes seja conferida a adoção de uma criança. Deve-se manejar o art. 226, §7º⁹² juntamente com o art. 5º que veda qualquer prática discriminatória.

Ademais, é evidente que nem sempre famílias heterossexuais são a garantia do oferecimento de um ambiente sadio para o desenvolvimento de uma criança, basta passar os olhos nos noticiários diários para verificar quantas e quantas crianças e/ou adolescentes são alvos de agressão física e psicológica por parte dos pais e que passam por uma situação de penúria, sem contar com as inúmeras que são abandonadas em instituições e abrigos provisórios.

Amparada em toda defesa até então demonstrada,

A maior visibilidade e a melhor aceitabilidade das famílias homoafetivas tornam impositivo o estabelecimento do vínculo jurídico paterno-filial com ambos os genitores, ainda que sejam dois pais ou duas mães. Vetar a possibilidade de juridicizar a realidade só traz prejuízo ao filho, que não terá qualquer direito com relação a quem exerce o poder familiar, isto é, desempenha a função de pai ou de mãe. Presentes todos os requisitos para o reconhecimento de uma filiação socioafetiva, negar sua presença, é deixar a realidade ser encoberta pelo véu do preconceito.

Existindo um núcleo familiar, estando presente o elo de afetividade a envolver pais e filhos, a identificação da união estável do casal torna imperioso o reconhecimento da dupla paternidade. Para assegurar a proteção do filho, os dois pais precisam assumir os encargos do poder familiar⁹³.

Posto isto, impossibilitar a adoção por casais homossexuais é “negar a realidade, não reconhecer direitos, só tem uma triste seqüela: os filhos são deixados à mercê da sorte, sem qualquer proteção jurídica⁹⁴”.

⁹² CF/88, art. 226, §7º “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

⁹³ DIAS, M. B. *Filiação Homoafetiva*. In: PEREIRA, R.C.(coord.), op cit., p. 395.

⁹⁴ Id.

Legalmente sobre o tema da adoção por pais homossexuais não há no ordenamento jurídico brasileiro norma que proíba nem que autorize, salvo o Projeto de Lei de Parceria Civil Registrada da Deputada Federal Marta Suplicy, Projeto nº1.151/95, que tenta disciplinar as uniões homossexuais. Embora vede a possibilidade dos casais homossexuais adotarem crianças conjuntamente, este projeto pode ser considerado pela tentativa de saída da marginalidade dessas relações.

Afora esse Projeto de Parceria Civil Registrada, não há qualquer norma positivada que vede a adoção por uma só pessoa homossexual, nem mesmo o ECA impõe como requisito do adotante a opção sexual heterossexual.

Com fundamento na orientação de que em face de um contexto familiar que ofereça condições materiais e afetivas para o adotado, os tribunais têm decidido devendo ser afastada de qualquer conotação valorativa a orientação e identidade sexual do pretendente à adoção.

“Inéditas em âmbito nacional as decisões do magistrado Siro Darlan de Oliveira, da primeira Vara da Infância e da Juventude da Comarca do Rio de Janeiro. Em 26/03/1997, deferiu a uma homossexual feminina a adoção de um menor de um ano de idade, que lhe havia sido entregue com poucos dias de vida e com sérios problemas de saúde, *face à importância de um contexto familiar e acolhedor para a criança, ao invés de uma existência marcada pela impessoalidade institucional*”⁹⁵ (Processo 96/1/01547-7. Comarca Do Rio De Janeiro. 1ª Vara da Infância e Juventude. J. 26/03/1997). O mesmo ministro em outra decisão assentiu que *A lei não acolhe razões que tem por fundamento o preconceito e a discriminação, portanto o que a lei não proíbe não pode o intérprete inovar*.”(Processo nº 97/1/03710-8. Comarca do Rio de Janeiro. 1ª Vara da Infância e Juventude. J. 20/07/1998).

Nesse sentido também:

CRIANÇA OU ADOLESCENTE. GUARDA. PEDIDO FORMULADO POR HOMOSSEXUAL. DEFERIMENTO. Medida de natureza provisória que pode ser revogada se constatado desvio na formação psicológica do menor.
Ementa da redação: O fato do guardião ser homossexual não obstaculiza o deferimento da guarda da criança, pois esta é medida de natureza provisória podendo, portanto, ser revogada a qualquer momento diante da constatação de desvirtuamento na formação psicológica da menor.

⁹⁵ DIAS, M. B.. *União Homossexual...*,p. 158

(Apelação Cível nº 35466-0/07. Câmara Especial TJSP – RJ 23/201. Rel: Des. Dirceu de Mello, j. 31/07/1997)

ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER. ALEGAÇÃO DE SER HOMOSSEXUAL O ADOTANTE. DEFERIMENTO DO PEDIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

(Ac. Um. Da 9ª CC TJRJ – AC 14332/98 – REL.: Des. Jorge de Miranda Magalhães, j. 23/03/1999, DJ/RJ 26/08/1999)

É necessário, pois, reconhecer que a família do novo milênio rompeu com a idéia de cunho patriarcal que tinha como único objetivo da filiação a função de continuidade da família para que fosse preservado o nome e o patrimônio. Hoje se busca uma história em comum, não mais uma união formal, permitindo que cada um construa uma família, sobretudo baseada no afeto entre pais e filhos.

Em atendimento aos anseios sociais e em compasso com o avanço constitucional, a tendência é de se permitir a adoção por homossexuais, cujos únicos requisitos objetivos e subjetivos a serem avaliados serão os mesmos impostos para os casais heterossexuais, pois o exercício da paternidade está vinculado aos direitos da personalidade concretizados por meio do princípio da dignidade humana.

4.2 O instituto da adoção na lei brasileira

Diz parte da doutrina que o instituto jurídico da adoção é uma ficção legal que permite a constituição dos vínculos entre pais e filhos independentemente do fato natural da procriação⁹⁶. Por derradeiro, há quem afaste este entendimento ao alegar que definir simplesmente como ato solene é compreender menos, pois é na adoção que se estabelecem, desde logo, os verdadeiros laços de afeto que alimentam a relação de amor entre pais e filhos⁹⁷. Em verdade, o instituto da adoção remonta antes de Cristo, nas civilizações romana e grega, no entanto, estava ligada ao sentido da perpetuidade da família, sobretudo, a necessidade de perpetuar o culto doméstico.

“A adoção era, pois, zelar pela continuidade da religião doméstica, pela salvação do lar, pela continuidade das oferendas fúnebres, pelo repouso dos manes

⁹⁶ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 13ª ed. Ver. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 369.

⁹⁷ FACHIN, L..E. *Elementos Críticos*., p. 216.

dos antepassados. A adoção justificava-se apenas pela necessidade de prevenir a extinção de um culto, e só se permitia a quem não tinha filhos”⁹⁸.

A descendência era, pois, uma necessidade que dizia respeito à família como instituição. Era imposta pela religião e não estava ligada a questões pessoais dos membros da família, mas tinha o fim de garantir a imortalidade do homem pós-morte por meio da continuidade fogo sagrado, o qual jamais poderia se extinguir, pois estaria extinta a família.

Como a continuidade do culto só era possível pelo filho varão gerado do casamento religioso, por vezes essa perpetuidade corria o risco de perecer, a exemplificar quando no casamento o marido era impotente e a esposa era obrigada a substituí-lo por um parente próximo, quando a esposa era estéril, era facultado ao marido divorciar-se da companheira⁹⁹. Para evitar situações como estas, é que se criou o instituto da adoção, pois somente assim se poderia preencher o dever de continuidade da família, mas somente se justificava seu uso para casais que não pudessem gerar filhos próprios.

Dessa breve síntese sobre o instituto da adoção na antiguidade, chega-se ao direito civil clássico, no qual o foco da adoção desloca-se da função de continuidade dos cultos religiosos, mas não totalmente voltado para a satisfação dos interesses da criança e do adolescente, como contemporaneamente se preceitua.

Com o advento do Código Civil de 1916 o instituto da adoção foi pela primeira vez sistematizado nos artigos 368 a 378, embora ainda guardasse alguns resquícios do direito romano, pois mantinha vínculos jurídicos entre o adotado e sua família consanguínea, assim como tinha o intuito de dar filhos a quem biologicamente não os podia ter.

Em sua redação originária, o Código Civil de 1916, somente permitia a adoção por maiores de 50 anos que não tivessem filhos “dados pela natureza”, devendo ser de 18 anos a diferença entre adotante e adotado, e ainda era exigido o consentimento dos pais ou tutor ou ainda do próprio adotado, no caso de ser maior ou emancipado.

Destaque-se que a primeira grande modificação jurídica do instituto ocorreu com a Lei nº 3.133/57, que alterou substancialmente os requisitos para

⁹⁸ COULANGES, Fustel de. *Cidade ...* p., 59.

⁹⁹ *Ibid*, p. 58.

habilitação dos adotantes. Nesse momento, o legislador abandona também o jargão 'de dar filhos a quem não tem' para instituir a direção da adoção no sentido da assistência, melhores condições morais e materiais para o adotado. Tanto assim que

Reduziu a idade para adoção de 50 para 30 anos, autorizando-a a casais que tivessem cinco anos de casados, bem como ao tutor ou curador do pupilo ou curatelado após dar contas da administração. Foi dado ao adotado o direito de desligar-se da adoção ao cessar a menoridade ou a interdição, admitindo a dissolução do vínculo de adoção por acordo e nos casos em que era admitida a deserção. A adoção se fazia por escritura pública e o parentesco resultante se limitava ao adotante e ao adotado, o que levava à exclusão dos direitos sucessórios se os adotantes tivessem filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos. Com exceção do pátrio poder, que se transferia ao pai adotivo, eram mantidos os direitos e deveres do parentesco natural”¹⁰⁰.

Essa adoção prevista pela lei de 1957 revela o caráter patrimonialista e assistencialista do instituto, principalmente no que se refere à não ruptura dos vínculos jurídicos entre o adotando e seus pais biológicos, bem como o estreito liame de parentesco que se estabelecia somente entre aquele que adotava e o adotando, que acabavam por refletir principalmente no direito sucessório¹⁰¹ e no direito a alimentos. Outra característica diz respeito à possibilidade de ruptura completa entre o vínculo jurídico que unia adotante e adotado. A adoção aqui referida, diz respeito ao que mais tarde, em face da adoção plena, passou-se a chamar de adoção simples.

Em um segundo momento, por meio da lei nº 4.655/65, foi introduzida entre nós a “legitimação adotiva, sem extinguir a adoção simples do CC/1916. Essa nova modalidade estabeleceu o vínculo de parentesco entre adotante e adotado com os mesmos efeitos e características conferidas entre pais e filhos ligados pela consangüinidade. Ao mesmo tempo que manteve a idade mínima de 30 anos para casais interessados, autorizou o procedimento antes desta idade, desde que o matrimônio tivesse mais de cinco anos e comprovada estabilidade. A sentença definitiva era irrevogável, ao contrário da adoção simples que podia ser desfeita mediante certas situações. Cessava também o parentesco biológico, pois na certidão de nascimento da criança o nome dos pais naturais não era mais revelado.

Em 1979 sobreveio o “Código de Menores – Lei nº 6.697/79 – que revogou a Lei nº 4.655/65 sem, pois, revogar a adoção simples. Passou-se então a

¹⁰⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. *Da Adoção. Direito de Família e o novo Código Civil*. 2ª ed., 2ª tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 142.

vigorar dois tipos de adoção: a adoção plena nos moldes da legitimação adotiva e a adoção simples pelo sistema do Código Civil e pelos artigos 27 e 28 do Código de Menores, ambas podendo ser utilizadas independentemente da idade do adotado, o que demonstrava uma preocupação anterior aos interesses do adotante em face do adotado.

Esta dicotomia perdurou até a promulgação da Constituição Federal de 1988 que introduziu o princípio da igualdade no estatuto da filiação, fazendo desaparecer as classes de filhos, bem como vedou qualquer discriminação entre os filho por conta da filiação (CF/88, art. 227, §6º).

Outro óbice também ultrapassado com o advento da Constituição de 1988, foi com relação à necessidade de matrimônio com prazo mínimo de estabilidade para que a adoção fosse plena. Este requisito foi ultrapassado a partir do momento que se passou a tutelar as entidades familiares, assim com as famílias monoparentais, formadas pelo ascendente e seus descendentes.

Nada obstante essas inovações, foi principalmente com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, fundado na “doutrina da proteção integral” que se regulamentou a adoção de menores de 18 anos, mantendo as regras do Código Civil para a adoção de maiores de 18 anos. Vale ressaltar que, independentemente desta dicotomia estabelecida com base na idade do adotado, esta cisão, bem como seus efeitos, ficou suprida com o estabelecimento do princípio da igualdade na filiação. Vale dizer, seja adotado pela sistemática do Código Civil, seja pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o adotado em qualquer dessas hipóteses tem assegurado constitucionalmente seus direitos de filho, concorrendo em par de igualdade com os filhos consangüíneos, se houver.

Pode-se afirmar que o Estatuto da Criança e do Adolescente representou um efetivo salto de qualidade no que tange à adoção, posto que ao tratar de questões que envolvem a criança e o adolescente, incorporou valores e princípios essenciais pela comunidade internacional, especialmente a Convenção Internacional dos Direitos da Criança - ONU de 1989 -, (Decreto nº 99.710/99), e posteriormente a Convenção Relativa à proteção e Cooperação Internacional em matéria de adoção internacional – Haia, 1993 (Decreto nº 3.087/99). Cumpre lembrar que as Convenções, ao serem ratificadas, passam a incorporar nosso ordenamento

¹⁰¹ Art. 1618. Não há direito de sucessão entre o adotado e os parentes do adotante”.

delineando políticas legislativas a serem incorporadas e adaptadas pelos ordenamentos internos dos países que as subscrevem.

A Carta Maior de 1988 reconheceu em seu artigo 227 e parágrafos, os direitos fundamentais da criança e adolescente que estão no mesmo patamar do rol do artigo 5º, visto que estes valores principiológicos foram incorporados pelo ECA, assim como a Doutrina Jurídica da proteção Integral (art. 1º do ECA). Passou-se a partir de então a tratar o mundo infanto-juvenil sob o enfoque do 'menor infrator' para a proteção da criança e do adolescente; e de 'menores' para cidadãos.

No que pertine à adoção plena, suas bases legais estão dispersas em normas constitucionais (art. 227, caput, §§ 5º e 6º) e em critérios jurídicos que primam, principalmente pelo melhor interesse da criança¹⁰². Esse princípio tem sua origem

no instituto inglês do *parens patriae* como prerrogativa do rei em proteger aqueles que não poderiam fazê-lo em causa própria. É recepcionado pela jurisprudência norte-americana em 1813, no caso *Commonwealth v. Addicks*, no qual a Corte da Pensilvânia afirma a prioridade do interesse de uma criança em detrimento dos interesses de seus pais. No caso em exame, a guarda da criança foi concedida à mãe acusada de adultério, já que este resultado representava o melhor interesse para aquela criança mediante as circunstâncias dadas.

Cabe ressaltar ainda que a versão em inglês enfatiza o caráter qualitativo do interesse da criança - *the best interest* -, enquanto a versão brasileira tem como foco o critério quantitativo - *o maior interesse*¹⁰³.

A adoção na forma estabelecida e regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente tem sua modalidade aplicada tanto para crianças como para adolescentes com, no máximo, 18 anos de idade, salvo se à data do pedido já estiver sob a guarda do adotante (art. 40 ECA). É um ato jurídico que será assistido pelo Poder Público e decretada por ato do Estado-juiz, na medida em que atender aos melhores interesses da criança (art. 43 do ECA).

No momento em que for decretada a adoção, o filho adotado passará ao mesmo status e terá os mesmos direitos e deveres da prole biológica, desligando-se completamente de sua família de origem, permanecendo apenas os impedimentos matrimoniais entre adotando e sua família natural nos termos do art.

¹⁰² O princípio do "melhor interesse da criança" está indicado no art. 3º da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU 1989), e declara que "todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, *devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança*". (PEREIRA, T. S. *Da adoção...*, p. 140)

¹⁰³ Id.

41 do ECA. A sentença também terá efeitos no que diz respeito ao cancelamento do nome dos pais biológicos, constando neste, a partir de então, o nome dos pais e dos avós da sua nova e única família.

“Esgotadas todas as possibilidades de permanência na família biológica, a adoção rompe cada dia com inúmeros preconceitos e representa a mais nobre iniciativa daqueles que se propõem a assumir, com responsabilidade, crianças e adolescentes marcados pelo estigma do abandono e maus-tratos”¹⁰⁴.

O Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta também a colocação do adotado em família substituta, estabelecendo todo o procedimento que se divide em dois momentos: da habilitação dos adotantes e o decreto judicial que confere a adoção e seus efeitos jurídicos. Esses dois momentos, assim como o estágio de convivência¹⁰⁵ que os permeia, estão vinculados ao critério de livre convencimento do juiz na análise do caso concreto e ao auxílio da assistência social e da psicologia que poderão aquilatar, sobretudo, o que seja o melhor interesse da criança.

Antes mesmo de ser deferida a adoção, há requisitos legais específicos que devem ser preenchidos pelos adotantes, que tem sua essência ainda que implicitamente, na preocupação com o bem-estar socioafetivo da criança a ser adotada.

4.2.1 A entidade familiar e o vínculo afetivo como critérios na adoção

Num procedimento de adoção, o juiz ao decidir, em nome do vínculo paterno-filial que se estabelecerá, analisa todos elementos morais e materiais do adotante a serem oferecidos no sentido do melhor interesse da criança.

No presente trabalho os requisitos considerados como preponderantes encontram-se estabelecidos na Seção III – Da família substituta- Subseção IV – Da adoção – do Estatuto da Criança e do Adolescente, e são os seguintes¹⁰⁶: a) a adoção é ato pessoal e personalíssimo daí a proibição de ser feito mediante

¹⁰⁴ Ibid, p. 136.

¹⁰⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente, Art. 46.

¹⁰⁶ O CC/02 estabeleceu em seu art. 1618 como critério para o adotante somente a idade, não proibindo mais, expressamente a adoção por ascendentes nem colaterais. Da mesma

procurador (art. 39, parágrafo único do ECA); b) o adotante deve ter no mínimo 21 anos¹⁰⁷ se solteiro e se forem casados ou viverem em união estável pelo menos um dos membros deste casal deverá ter pelo menos 21 anos, devendo ainda ser provada a estabilidade familiar; c) não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando; d) o estatuto estabelece outro benefício em face do interesse da criança que é o fato de poder ser decretada a adoção se ocorrer a morte do adotante no decorrer do procedimento e antes da sentença¹⁰⁸; e) no que concerne à adoção de adolescente (maior de 12 anos), este deverá expressar seu consentimento em relação à adoção¹⁰⁹.

Verifica-se, outrossim, que sob a nova diretriz estabelecida pela Lei nº 8.090/90 a adoção deve ser vista sob uma nova ótica e que os requisitos formais, nada obstante, estejam bem delineados, devem ser consignados com outros artigos dessa lei que ajudam a estabelecer quais os reais parâmetros para a concessão da adoção: o artigo 43 e o § 2º do artigo 50 cujo texto remete ao artigo 29.

Art. 42: A adoção será definida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos;

Art. 50, § 2º: Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfazer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses do art. 29;

Art. 29: Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.

Como bem se observa, esses dispositivos normativos estão permeados de lacunas que podem ser preenchidos subjetivamente pelo intérprete da lei com fundamento no melhor interesse da criança, fazendo da generalidade da lei a singularidade do caso concreto. Também, permitem que os aplicadores do direito envolvidos no processo de adoção envolvam valores e preconceitos de ordem pessoal. Isso fica evidenciado quando os pedidos de adoção se afastam daqueles ditos normais, ou seja, quando requeridos por estrangeiros e principalmente por homossexuais.

As adoções por homossexuais envolvem muito mais que requisitos legais, pois encontram barreiras de ordem moral que dependem muito dos conceitos

forma não veda mais a adoção por procuração. No entanto, já existe projeto de lei que pretende alterar este artigo, a fim de que seja mantida a adoção nos moldes do ECA.

¹⁰⁷ NCCB alterou a idade mínima do adotante de 21 anos para 18 anos.

¹⁰⁸ ECA, art. 52, § 5º.

¹⁰⁹ ECA, Art. 46.

de determinada sociedade em um dado momento histórico. No entanto, tem-se entendido que a hipótese de não concessão de adoções, unicamente por conta da orientação sexual dos adotantes, referem-se muito mais a mitos e preconceitos, ainda em evolução, do que a prejuízos advindos de tais adoções. Assim decidiu a 17ª Câmara Cível do Rio de Janeiro:

ADOÇÃO.

Ementa da redação: Elegibilidade admitida, diante da idoneidade do adotante e reais vantagens para o adotado. Absurda discriminação, por questão de sexualidade do requerente, afrontando sagrados princípios constitucionais e direitos humanos e da criança.

Apelo improvido, confirmada a sentença positiva da Vara da Infância e Juventude. (Apelação Cível nº 14979/98. 17ª Câmara Cível TJRJ. Rel: Des. Severiano Aragão, j. 21/01/1999)

Diz a razão do art. 43 do ECA que a adoção só será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando, ou seja, se o juiz verificar no caso concreto, juntamente com o apoio psicológico que a adoção atende aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual garantida constitucionalmente, não pode ser empecilho à adoção do menor.

Portanto, já fora demonstrado no corpo do presente trabalho que no estágio em que encontram as normas jurídicas sobre o instituto da adoção, tem-se a possibilidade de ser conferida a adoção de uma criança ou adolescente a um adotante individualmente, na medida em que o sistema legal não prevê que a opção sexual do adotante seja um requisito para a adoção, se assim for decidido, constituir-se-á uma discriminação que a lei tanto proíbe.

Pode-se chegar à mesma conclusão quando se trata de adoção conjunta por um par homossexual, sendo esta possível mediante a utilização de mecanismos jurídicos de interpretação face à ausência de lei, somados a pluralidade familiar estabelecida pela Constituição da República de 1988.

O sistema permite que o juiz na sua decisão se utilize de valores culturais, morais e éticos no momento de estabelecer qual o direito merece ser tutelado, “reproduzindo ou criando sua própria moldura de família, os juízos que sobre ela

recaem, pela palavra de quem 'diz o direito', a aceitação ou rejeição das transformações sociais que repercutem sobre a estrutura familiar"¹¹⁰.

A hipótese jurídica acima consignada conforma-se com o posicionamento doutrinário e jurisprudencial que confere ao art. 226, § 3º da CF/88 a possibilidade de ser interpretado para além das hipótese taxadas pelo legislador. Aliada a esse método interpretativo encontra-se o princípio contemporâneo da funcionalidade da família, na medida em que ela passou a instrumento de realização dos membros que a ela pertencem.

Os argumentos jurídicos de parceiros do mesmo sexo e a impossibilidade de procriação para que não se configure a união afetiva entre homossexuais como uma entidade familiar, também não vingam por conta dos princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana e da liberdade de escolha na constituição da família. Entretanto, mais uma vez repito que as uniões entre pessoas do mesmo sexo não podem ser enquadradas no casamento, pois este é um estatuto jurídico que possui raízes e trajetória própria, mas nada impede que sejam reconhecidas como uma modalidade de entidade familiar com contornos e características próprias.

Para tanto, devem preencher os requisitos jurídicos como uma das espécies de família, a saber aquelas consideradas pelo civilista Paulo Luiz Neto LÔBO: a afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico; pois este não é essência de uma união; a estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, descomprometidos ou episódicos, sem comunhão de vida; e a ostensibilidade, que significa a existência pública da unidade familiar, que assim se apresentem perante a sociedade.

Pois bem, a afetividade 'não é um dado, mas um construído', é um conjunto de comportamentos e atitudes na qual se baseia a teoria da paternidade socioafetiva, representada pela posse de estado de filho, seja ela criança seja um adulto. Novamente conclamando Luiz Edson FACHIN, "a posse de estado de filho oferece os necessários parâmetros para o reconhecimento da relação de filiação". Dessa forma, evidencia-se que o afeto está presente também nas relações homoafetivas, de modo que lhe é conferido valor jurídico, pois "o 'reconhecimento do estado de fato'se apresenta, a cada dia, como elemento identificador das relações

¹¹⁰ FACHIN, L. E. *Da paternidade*...., p. 73

familiares, indicando alguns grupos humanos nos quais a interação e as responsabilidades se sobrepõe aos modelos tradicionais”¹¹¹.

Quanto às demais características, estabilidade e ostensibilidade da união, igualmente são encontradas nas uniões homossexuais, visto que é uma realidade social evidente. Assim, demonstrada a presença desses requisitos, não se pode deixar de conferir tutela jurídica como sendo uma entidade familiar, quer com a presença de filhos ou não.

A partir do momento em que se passou a apreender a pluralidade familiar, liberdade e igualdade, somada à necessidade do direito acompanhar a evolução das demandas sociais, conclui-se serem as uniões homossexuais entidades familiares porque baseadas no afeto, assim como as demais formas de organização familiar.

Por conta dessa evolução é que a opção sexual do adotante não pode ser suficiente a afastar a possibilidade da adoção quando os demais elementos indicarem que a criança estará em ambiente familiar favorável ao desenvolvimento amplo das potencialidades humanas.

Em consonância ao atendimento dos melhores interesses da criança, principalmente nas abandonadas, é que o Estado, por meio do sistema jurídico deve efetivar aquilo que assumiu como dever, incluindo a sociedade e a família, que é o direito à convivência familiar e comunitária; por isso necessário ultrapassar as barreiras do formalismo e do preconceito que impedem que uma criança ou adolescente de ser adotado conjuntamente por um casal homossexual, pois estas certamente terão melhores condições de efetivar os direitos essenciais a uma criança do que somente um deles.

De todo exposto, imperioso o reconhecimento do direito à diferença, entre os quais a homossexualidade, pois este fato reflete a evolução de valores que passa a sociedade em busca do reconhecimento da pluralidade como valor essencial a democracia e inerente ao ser humano. Ao mesmo tempo, precisa-se atentar com mais carinho às inúmeras crianças albergadas à espera de uma família.

Negar a adoção a uma pessoa homossexual ou conjuntamente aos que vivem uma união similar a uma entidade familiar, ou seja, pública, notória e estável, que esteja proposta a oferecer um lar que possibilite a solidariedade, afetividade,

¹¹¹ PEREIRA, T. S. *Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar*. In: PEREIRA, R.C. (coord.). *Afeto, ética*, p. 651.

assistência moral e material, é negar a uma criança e aos adolescentes, o direito de terem pais e com eles formarem uma família, ou é negar-lhes a dignidade.

CONCLUSÃO

O presente trabalho, no transcorrer do seu desenvolvimento procurou demonstrar como o Direito, enquanto ciência reguladora das relações sociais está atendendo a demanda social reclamada pelos homossexuais, principalmente no que diz respeito à possibilidade de tornarem-se pais por meio da adoção e quais os mecanismos legais na legislação brasileira que podem atender essa problemática social.

Discorreu-se, sucintamente, sobre a evolução do conceito de família – da Patriarcal à Eudemonista – demonstrando que os comportamentos sociais modificaram-se e que os sentimentos entre as pessoas passaram a ser mais valorados. Passou-se pelas famílias anteriores à romana, pela “grande família” estabelecida pelo Código Civil de 1916 (patriarcal, heterossexual, matrimonializada, hierarquizada e transpessoal), até chegar às entidades familiares constitucionalizadas regulamentadas a partir do artigo 226 da Constituição da República de 1988, que em verdade vão para além daquelas estabelecidas pelo legislador.

Concomitantemente, buscou-se demonstrar que a homossexualidade existe desde os tempos remotos, por vezes representada por mitos e lendas, e que “é uma realidade que saiu do armário” e bate às portas dos tribunais na busca de solução para os conflitos que decorrem dessas relações, a incluir o reconhecimento como entidade familiar e os efeitos delas decorrentes e o direito à paternidade/maternidade, ambos demonstrados possíveis a partir da concretização da dignidade humana e da igualdade.

Nessa paisagem, com base nos direitos fundamentais constitucionais, atestou-se que a homossexualidade não é doença, mas uma maneira diferente de ser, pois a dignidade humana, como valor moral e espiritual do indivíduo, permite que cada um exerça livremente suas escolhas, inclusive a de compartilhar mutuamente o afeto e o amor com uma pessoa do mesmo sexo.

Sob outro viés, averiguou-se que o instituto da adoção na lei brasileira possibilita simultaneamente a realização de dois direitos: o exercício do direito dos homossexuais tornarem-se pais e das crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária.

Para tanto, considerou-se a dignidade da pessoa humana como ápice da Carta Maior, fundamento da ordem jurídica nacional, um mínimo invulnerável que todo estatuto deve respeitar, independentemente de raça, cor, sexo, credo, etc, simplesmente pelo fato de pertencer e integrar a comunidade dos seres humanos.

Esse princípio foi, ainda, considerado como um viés que possibilita o reconhecimento da homoafetividade como um direito personalíssimo, pois se trata do pleno desenvolvimento de cada indivíduo, no sentido de realização das mais diversas necessidades do ser humano. Ademais, a Constituição colocou o indivíduo como elemento central das relações sociais, preocupando-se, sobretudo, com o tratamento igualitário, na medida do reconhecimento das diferenças, vedando, ao mesmo tempo, que a orientação sexual do indivíduo seja justificativa utilizada como critério diferenciador.

Dessa forma, pôde-se concluir que com base na evolução do conceito de família, na concretização dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, as relações homoafetivas vêm sendo reconhecidas pela jurisprudência - mecanismo de acompanhamento e reconhecimento das diferenças sociais - como entidades familiares, na mesma medida que as demais formas de organização familiar fundadas no afeto, que preconizam a família como instrumento de realização pessoal e de busca pela felicidade de cada um dos membros que a compõe.

Essa conclusão foi igualmente auferida com base na interpretação do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 que não faz referência a determinado tipo de família. Apreende-se que prestigia o sentido de família que melhor corresponde à realização da dignidade humana, por isso o referido artigo não é *numerus clausus*, ao contrário, contempla todas as formas de família, a incluir as formadas por homossexuais, ligadas por laços de afeto, sem conotação sexual.

Nesse novo contexto familiar, foi possível concluir que o sistema jurídico, com base na tutela da dignidade humana e no tratamento isonômico, deve conferir aos homossexuais os mesmos direitos já assegurados aos heterossexuais. Daí também o direito ao exercício à paternidade/maternidade como direito subjetivo conferido a todo indivíduo, e por a filiação por um prolongamento dos direitos da personalidade, independentemente da orientação sexual adotada, que exige mais do que laços de sangue, “uma concreta relação paterno-filial”.

Concluiu-se que, para além dos avanços genéticos que possibilitam a realização da paternidade/maternidade, a adoção de crianças e adolescentes por homossexuais pode ser também caminho para essa faculdade, desde que se tenha acima dessa realização o melhor interesse da criança. Assim sendo, concretiza-se também o direito constitucional e fundamental que toda criança e adolescente tem como sujeitos de direitos que é o de desfrutar de uma convivência familiar e comunitária, formando com ela referenciais que ajudarão na formação de sua personalidade, permitindo que lhes sejam assegurados uma gama de outros direitos, tanto quanto fazem as famílias formadas por pais heterossexuais.

Ao analisar o instituto da adoção na legislação brasileira, verificou-se que não há preceito que vede nem autorize a adoção por homossexuais, salvo o projeto de lei da Deputada Marta Suplicy, que, nada obstante, pode ser considerado como um marco para a saída da marginalidade das relações entre homoafetivos.

Outrossim, dentre os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente observados na adoção, verifica-se há lacunas que são preenchidas pelo intérprete da lei, com fundamento no melhor interesse da criança. Contudo, é nesse momento que se inserem valores morais e preconceituosos que podem obstaculizar a adoção por um casal homossexual, posto que a adoção por um homossexual sozinho é possibilitada pela legislação brasileira, não fazendo a lei qualquer referência à opção sexual do adotante.

No entanto, pode-se chegar à mesma conclusão por meio da utilização de mecanismos interpretativos, dos princípios constitucionais e fundamentais, somados aos precedentes jurisprudenciais e à pluralidade familiar estabelecida pela Constituição de 1988. Aqui revela-se importante o juízo de valoração feito pelo operador do direito, na medida em que se mostra necessário ultrapassar as barreiras do formalismo e do preconceito que impedem que um casal homossexual conjuntamente adote uma criança ou um adolescente.

De todo exposto, como já referido na introdução desta monografia, a pretensão do presente trabalho é apresentar uma reflexão pautada na concepção plural de família e na afetividade e amor mútuos que fazem com que pessoas do mesmo sexo compartilhem de uma vida em comum e conseqüentemente reivindiquem os direitos a elas inerentes, tais como o reconhecimento da união entre homossexuais como uma entidade familiar e a possibilidade da adoção de crianças

e adolescentes. Mesmo respeitando os valores íntimos e pessoais que cada um tem sobre o tema guerreado neste trabalho, posto que é um tema ainda em evolução na nossa sociedade, não podem servir de obstáculo para o reconhecimento de que as uniões homoafetivas constituem entidades familiares merecedoras de tutela do Estado, e em assim sendo, atendendo concomitantemente ao direito constitucional e fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária, deve-se assegurar também a possibilidade da adoção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Sérgio Resende de. "Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais" In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21 ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p.157

BLEICHMAR, Silvia. "Pontualizações para uma teoria psicanalítica da homossexualidade". In: DIAS, M. B. *União Homossexual: preconceito e a justiça*. 2ª ed. Ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BRASIL. *Constituição Federal, Código Civil e Código De processo Civil*. 5ª ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 – (RT – mini –códigos).

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA*. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1.990.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 1998

CINTRA, Mª do Rosário Leite. Pastoral do Menor de São Paulo. In: CURY, M.(coord.) *Estatuto da criança e do adolescente comentado. Comentários jurídicos e sociais*. 3º ed. rev. Atual São Paulo: Malheiros, 2000.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

CURY, Munir (coord.) *Estatuto da criança e do adolescente comentado. Comentários jurídicos e sociais*. 3º ed. rev. Atual São Paulo: Malheiros, 2000.

CZAJKOWISKI, Rainer. *União livre: à luz das leis 8971/94 e 9278/96*. 1ª ed.; 2ir. Curitiba: Juruá, 1996.

DIAS, M. B. In: *Boletim IBDFAM*. Nº 29, Ano 4, Novembro/dezembro de 2004.

_____. *União Homossexual: o preconceito e a justiça*. 2ª ed. Ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 10ª ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Aspectos Jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo*. Revista dos Tribunais, v. 732, out 1996.

_____. *Da paternidade; relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996

_____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Código Civil Comentado – Direito de Família. Casamento*. Vol. XV. São Paulo: Atlas S.A., 2002.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FREITAS, Lúcia Maria de Paula. "Reflexões sobre adoção no direito brasileiro". apud PEREIRA, R.C. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 13ª ed. Ver. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Introdução ao direito civil*. 10º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes. *Família e casamento em evolução. Direito-Civi- Estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991.

_____. *Famílias Monoparentais: a situação de pais e mães solteiros e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2ª ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidade Familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. III Congresso de Direito de Família. Anais... Belo Horizonte, 2002.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. apud SANTOS, Luiz Felipe. TJRS. Apelação Cível nº 70009550070. 7ª Câmara Cível. Data do julgamento 17/11/2000

MUNIZ, José Ferreira Muniz. In: COLTRO, Antonio Carlos Mathias. "Novos aspectos relativos à união estável". *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família; aspectos constitucionais, civis e processuais*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da Criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civi*. 6ª ed. Re. Atua. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v.1.

PEROT, Michelle. *O nó e o ninho*. In: VEJA – 25 ANOS. São Paulo: Editora Abril

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. *União de pessoas do mesmo sexo – reflexões éticas e jurídicas*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Porto Alegre: Síntese, v. 31, 1999 (Coleção Acadêmica de Direito; v. 12)

PEREIRA, Tânia da Silva. “Da Adoção”. *Direito de Família e o novo Código Civil*. 2ª ed., 2ª tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. *Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PRÓSPERO, Viviane Girardi. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica de adoção por homossexuais*. Curitiba: 2003, UFPR, Dissertação de Mestrado em Direito.

RIOS, Roger Raupp apud DIAS, M. B. *Homoafetividade – o que diz a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianoviski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. apud DIAS, M. B. Apelação Cível 70009550070. TJRS, 7ª Câmara Cível.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Atos e Despachos do Presidente do Tribunal de 07/05/2002. Boletim nº 83, Aviso nº 2, enunciado de nº 7.